|  |
| --- |
| Corporación de Estudios ESTADE |
| DERECHO ADMINISTRATIVO II |
| 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/ |

**XVII. Los Bienes Públicos**

**Los dominios públicos y los bienes públicos**

Autores italianos denominan los *medios* (mezzi) de la Administración a los bienes con los que ésta cuenta para el desarrollo de sus finalidades**[[1]](#footnote-1)**. En ellos se incluye tanto los bienes de su propiedad como aquellos sobre los que ejerce diferentes tipos de potestades y regímenes administrativos (patrimonio cultural, patrimonio de áreas protegidas, bosque y vegetación protectores, patrimonio forestal, patrimonio de tierras del INDA, en Ecuador), así como aquellos bienes de la propiedad de los particulares. Finalmente, se consideran los bienes dinerarios que ingresan a la Administración y que son considerados como *fondos públicos.* Estos últimos son materia del Derecho Financiero y Presupuestario y no se estudian en la presente obra.

En la doctrina francesa tradicional, se estableció la división, hoy abandonada, entre el Estado poder público y el Estado patrimonial, es decir propietario de bienes –el *fisco* del Derecho Romano; lo que fue sustituido doctrinalmente por el Estado de personalidad jurídica única. Tanto el un criterio como el otro fueron rechazados por Duguit**[[2]](#footnote-2)**, quien supera el criterio civilista de no reconocer más que un dominio público y un dominio privado, señalando la existencia de “una gradación en el nivel (degré) de la dominialidad pública”**[[3]](#footnote-3)**, que es una fórmula acogida todavía, tanto en Francia cuanto en España**[[4]](#footnote-4)**.

En la actualidad, el Derecho Administrativo se inclina por estudiar los “bienes del Estado” dentro de los cuales se encuentra el “dominio del Estado”, porque existen una serie de bienes públicos que no pertenecerían exactamente ni al dominio público ni al dominio privado del Estado, pero sobre los cuales este ejerce una creciente potestad, como sobre los bienes del *patrimonio* cultural de la Nación, aunque sean de propiedad de los particulares. Por otra parte, como se detalla en esta sección, se discute si el llamado “dominio público” en efecto constituye una propiedad del Estado sobre tales bienes, equivalente a la propiedad que tienen los particulares sobre sus bienes propios.

El diccionario define *dominical*: “4. adj. Der. Perteneciente o relativo al derecho de dominio sobre las cosas”, no obstante que para Marienhoff, este término se debe entender en el sentido de “dominio público” y no simplemente “dominio”: “…lenguaje jurídico actual: ‘bienes dominicales’, ‘bienes dominiales’, ‘bienes o cosas públicos. Todos esos términos hacen referencia a un mismo concepto: ‘*dominio público’.* Cuando se habla de ‘dominicalidad’ o de “dominialidad” se entiende referir, pues, al ‘dominio público’, o a los ‘bienes públicos’ que son los que integran el dominio público.”**[[5]](#footnote-5)** A pesar de que Marienhoff considera extranjerismos (del italiano) o “vicios de dicción” los términos “demanio”, “demanialidad”, “demanial” y “demaniales”, para significar esta categoría del dominio público, el diccionario recoge *demanio*: “1. m. dominio público”, y *demanial*: “1. adj. Perteneciente o relativo al demanio.’*dominio público’*, o a los ‘bienes públicos’ que son los que integran el dominio público” **[[6]](#footnote-6)** y es usado, por ejemplo, consistentemente por Sánchez Morón y otros autores en la monografía sobre “Los Bienes Públicos”**[[7]](#footnote-7)**.

**El dominio público “natural”**

Se puede considerar un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo para el estudio de los bienes públicos. Desde el punto de vista objetivo son bienes públicos aquellos que pertenecen al Estado. Subjetivamente considerados los bienes públicos se identifican por su propia naturaleza –el dominio público *natural* **[[8]](#footnote-8)**.

Alguna doctrina española del dominio público se ha referido al “dominio público natural”, donde se distingue a los bienes de “uso común” y los “bienes destinados al fomento de la riqueza natural” (montes -bosques- y minas), no obstante que el Art. 132 de la Constitución española claramente define a los “bienes de dominio público estatal” como aquellos que determine la ley, incluyendo sin embargo “la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”[[9]](#footnote-9). En cambio, el Código del Dominio del Estado de Francia, se refiere a “bienes que no son susceptibles de una propiedad privada en razón de su naturaleza o su destinación”, definición que al decir de Auby y Bon, “se considera por la doctrina como extremadamente criticable”[[10]](#footnote-10).

**La propiedad del Estado sobre el dominio público**

En la actualidad, afirma Morand-Deviller, los autores rechazan la idea de que las personas públicas no ejercen un derecho de propiedad sobre los bienes del dominio público y refutan la noción del dominio público por naturaleza; sin embargo reconoce que la renovación del enfoque francés del servicio público y el advenimiento de la noción comunitaria, más restringida, de “servicio económico de interés general”, constituye una apertura a nuevas reflexiones sobre la consistencia del dominio público. En todo caso, si bien la autora citada se inclina por reconocer la propiedad del Estado sobre el dominio público, se trata de un dominio de naturaleza diferente al que ejercen los particulares, se trata de “una propiedad de naturaleza particular: la *propiedad administrativa*”**[[11]](#footnote-11)**.

Sobre este punto se puede concluir afirmando con Díez que “[n]o hay bienes públicos por naturaleza: solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominical”[[12]](#footnote-12).

Esta discusión sobre la verdadera índole del dominio público, sobre si en efecto es una auténtica propiedad estatal o más bien una potestad pública sobre los bienes, se ha entremezclado con otra discusión que también se encuentra vigente en la doctrina administrativa española. En efecto, acogiendo la tesis atribuida a Hauriou, autores españoles y la legislación y la jurisprudencia de ese país sostuvieron la tesis de que el dominio público es una verdadera propiedad sobre los bienes, lo cual es enfáticamente mantenido por Meilán al tratar sobre el llamado dominio público marítimo-terrestre. Rechazando “la concepción del dominio público natural como dominio necesario”, declara como único criterio de la dominicalidad la voluntad del legislador**[[13]](#footnote-13)**. Opinión ésta que se encuentra lejos de ser aceptada generalizadamente en España, al decir de Sánchez Morón, quien cita varios administrativistas, cuyas voces “-se diría cada vez más numerosas- (…) discrepan con dicha tesis, por entender que lo que verdaderamente significa la técnica jurídica del dominio público es un título de intervención administrativa, destinado a proteger y ordenar la utilización de determinados bienes de interés general, de lo que deriva la exclusión del régimen jurídico de la propiedad privada”**[[14]](#footnote-14)**.

Se llama la atención sobre la característica de bienes determinados del dominio público que están sujetos a atribuciones de diversas administraciones públicas, como es el caso de la playa de mar en el Ecuador, donde el Gobierno central y las municipalidades, además de otras entidades ejercen competencias variadas, como lo ha señalado Oramas **[[15]](#footnote-15)**.

Hoy día, no obstante, resulta apropiado abandonar las nociones de pertenencia o no pertenencia al Estado o de la naturaleza misma de los bienes –los llamados bienes públicos *naturales*. Cabe más bien analizar las potestades públicas que el Estado ejerce sobre los diferentes tipos de bienes en las diversas clasificaciones. Ha habido alguna discusión en la doctrina acerca del dominio público: si su titularidad pertenece al Estado o pertenece en general a la población**[[16]](#footnote-16)**, como lo calificaban los romanos (“el pueblo romano”), con posiciones encontradas entre los diferentes autores. Por supuesto que hay acuerdo entre los autores en que el papel del Estado es de proteger y normar el uso común de tales bienes.

**Las diferentes clases de bienes del Estado**

A pesar de las críticas al concepto de “dominio público natural”, es decir aquel dominio público que *naturalmente* es tal, es indudable que ciertos bienes resultan evidentemente *públicos* es decir que su *uso* parece destinado a “todos los habitantes” y que no son físicamente susceptibles de apropiación, como por ejemplo el mar o, con mayor razón, el espectro electro-magnético. Por otra parte, las playas, los ríos, los caminos y las plazas pertenecen al dominio público del Estado en la legislación romano-napoleónica.

En la actualidad, no se puede negar la existencia de un dominio público *mueble***[[17]](#footnote-17)**. También se considera una categorización de bienes públicos *construidos* (dominio público artificial) y el terreno sobre el cual se construyen, como por ejemplo la infraestructura portuaria, las carreteras, puentes y, en general obras de infraestructura pública –las *obras públicas*. Otra categorización que tuvo importancia en su momento es la de aquellos bienes que se destinan al cumplimiento de un *servicio público.* Duguit estableció una equivalencia entre dominio público y dominio asignado al servicio público**[[18]](#footnote-18)**. Pero recuérdese que este autor consideraba que el servicio público resumía toda la caracterización del Estado.

Se ha propuesto añadir a estas calificaciones del dominio público la de los “bienes animados”, donde se abarca “los animales vivos incluidos en los zoos, animalarios, botánicos, etc., pero no los que están en estado silvestre que algunas Constituciones como la de Italia y la mayoría de las sudamericanas consideran como de propiedad de la Nación”. Asimismo, se hace referencia a los “bienes intangibles”, como la atmósfera “cuya utilización es objeto de tráfico jurídico, vía de bancos de contaminación, la captación de la energía solar, la aeróbica y en otro orden de consideraciones los canales de comunicación vía electromagnética”, concluyendo que “[t]odo ello constituye una asignatura pendiente en el análisis de las modernas circunstancias del dominio público” **[[19]](#footnote-19)**.

La doctrina administrativa estudia los bienes de propiedad del Estado, así como aquellos sobre los que el Estado ejerce potestades en sus diversas clasificaciones basadas en la naturaleza del bien en cuestión: dominio público fluvial, dominio público marítimo, dominio público marino-costero, dominio público del espectro radio-magnético, infraestructura portuaria, infraestructura vial, además de los llamados *patrimonios* en la legislación ecuatoriana, como en el patrimonio forestal, patrimonio de áreas naturales, patrimonio cultural, patrimonio del Instituto de Desarrollo Agrario (INDA), Patrimonio de la Humanidad, etc.

**El dominio público en el derecho civil**

El Derecho Romano reconoce, además de la propiedad privada, aquella que no pertenece a nadie (*res nullium*) y la que está fuera del comercio (*extra comercium*). Dentro de la propiedad propiamente pública se incluyen las que las *Instituciones* de Justiniano denominan “cosas comunes a todos”, además de otras que difícilmente se pueden atribuir a todos, como las *sacrae religiosae et sanctae.* D’Ors observa:

*Fuera de la propiedad privada están las cosas que son de todos, como el aire o el mar, las que pertenecen a los dioses, y las del Pueblo Romano, como son las vías y plazas públicas, ríos públicos, murallas, etc.*

*Estas últimas, las propias del pueblo Romano, son las “públicas” en sentido estricto***[[20]](#footnote-20)***.*

La noción del Código Civil de Andrés Bello sobre el dominio público y el dominio privado del Estado refleja sus antecedentes “en la vieja legislación española, y en la romana… hizo un claro distingo entre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales. Reglamenta, además, minuciosamente los diversos bienes que componen los llamados “dominios”, marítimo, lacustre, fluvial y terrestre del Estado”**[[21]](#footnote-21)**. En efecto, la posición francesa vigente a la época en que Bello redactaba los proyectos de Código Civil era la de Victor Proudhom, publicista francés citado por la mayor parte de los autores a los que se remite el presente apartado, quien negaba que ciertos bienes pudieran ser de propiedad del Estado o de cualquier persona, por tratarse de bienes pertenecientes a todos los ciudadanos. Nuestro Código Civil no incorpora tales discusiones; siguiendo un principio simple, se refiere al criterio fundamental para la identificación de los bienes pertenecientes al dominio público, de acuerdo a lo que ciertos tratadistas llaman criterio subjetivo de pertenencia”**[[22]](#footnote-22)**.

**Los bienes públicos en el Derecho Internacional**

Estas categorizaciones son también reconocidas por el Derecho Internacional, como el caso de las islas y el mar territorial como dominio público del Estado que, en el contexto del Derecho Internacional se manifiesta como *soberanía* del Estado, aunque sujeta a criterios diversos. El Art. 609 del Código Civil el Ecuador determina una extensión de 200 millas de mar territorial. La Convención del Mar, de la cual el Ecuador no es parte, ni, vale la pena decirlo, tampoco los Estados Unidos son parte, reconoce un mar territorial de doce millas y una zona económica exclusiva que se extiende hasta las doscientas millas.

Estados Unidos no reconoció la declaratoria que hizo el Gobierno del Ecuador en 1986 de la soberanía ecuatoriana sobre la plataforma continental[[23]](#footnote-23). Por otro lado, no se conoce de ninguna objeción de los Estados Unidos ni de ningún país a la declaratoria del mar interior del archipiélago de Galápagos como “Reserva de Recursos Marinos”[[24]](#footnote-24), ni a las declaratorias con restricciones diversas que hizo la Ley de Galápagos sobre zonas consideradas de alta mar en el Derecho del Mar, es decir, que se extienden más allá de las doce millas de las líneas base de las islas del archipiélago[[25]](#footnote-25). No obstante, el Ecuador tuvo que tramitar una autorización o un aval de la Organización Marítima Internacional (OMI) para que ésta aceptara restricciones determinadas del Gobierno del Ecuador para naves que naveguen en el mar interior de Galápagos, a propósito de las cargas tóxicas o en general contaminantes.

**Los bienes públicos en la normativa jurídica ecuatoriana**

***Los bienes públicos en la Constitución ecuatoriana***

El Art. 247 de la Constitución Política del Ecuador dice que:

*“Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial”.*

Este artículo contempla sin duda alguna los hidrocarburos. Más adelante, en el mismo articulo, también se incluyen las frecuencias electromagnéticas y las aguas. Se afirma la posibilidad de la delegación del uso y aprovechamiento de estos recursos por los particulares, “de acuerdo con la ley”. Asimismo, de manera ambigua, sin ningún alcance jurídico interno se reitera el “derecho soberano” del Estado sobre “la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales” (Art. 248), lo que ya consta en el Convenio de la Diversidad Biológica, que es una declaratoria frente a terceros países, puesto que la soberanía de un país se proyecta externamente.

***Los bienes públicos en el Código Civil ecuatoriano***

El Código Civil ecuatoriano define:

*Art. 604.- Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.*

*Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.*

*Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.*

En la denominación de bienes nacionales, el Código Civil distingue entre bienes nacionales de uso público o bienes públicos y bienes del Estado o bienes fiscales. Son bienes públicos aquellos cuyo uso pertenece “a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos”. En el Código se enumeran además, en forma indicativa, otros bienes públicos como:

Los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar (Art. 604, del C.C.);

Las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (Art. 605, del C.C.);

Las plataformas o zócalos submarinos adyacentes a las costas ecuatorianas y las riquezas que se encuentran en aquellos (Art. 606, del C.C.);

Las minas y yacimientos minerales (Art. 607, del C.C.); además de este Art. 607 del Código Civil que se cita, esta explotación se “delega” a los particulares en la Ley de Minería[[26]](#footnote-26):

El mar territorial (Art. 609, del C.C.);

El lecho y el subsuelo del mar adyacente (Art. 609, del C.C.);

El espacio aéreo (Art. 610, del C.C.);

Las playas de mar (Art. 611, del C.C.);

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales; determinada extensión de las riberas, así como las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (Art. 612, del C.C.);

Las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público (Art. 613, del C.C);

Las playas, puentes y caminos públicos (Art. 614, del C.C.).

***Legislación sobre dominio público***

La Ley de Aguas, regla el manejo de las aguas, que se atribuyen al dominio público del Estado**[[27]](#footnote-27)**. La Ley de la Diversidad Biológica declara la biodiversidad como perteneciente al dominio público del Estado**[[28]](#footnote-28)**. La Ley de Hidrocarburos se refiere a estos como “patrimonio”**[[29]](#footnote-29)**, mientras que la Ley de Minería califica a los yacimientos como “dominio”**[[30]](#footnote-30)**.

***Los bienes patrimoniales***

En la legislación española, se denominan bienes patrimoniales los bienes del dominio privado de las Administraciones públicas, equivalentes a los “bienes del Estado” o bienes fiscales del Código Civil ecuatoriano. En la actual normativa ecuatoriana de conservación, se traduce el término “heritage” como “patrimonio”. Así, además de esta antigua clasificación de los bienes nacionales de uso público y bienes fiscales, la normativa de conservación ha introducido nuevas figuras jurídicas: Patrimonio Forestal, Patrimonio de Áreas Naturales o el Patrimonio Cultural del Estado, contemplados en la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre[[31]](#footnote-31) y la Ley de Patrimonio Cultural[[32]](#footnote-32). En la normativa forestal y de áreas naturales también se incluye a los ejemplares de la fauna silvestre como bienes del dominio del Estado**[[33]](#footnote-33)**. En esta misma ley se califica a los manglares como bienes del Estado**[[34]](#footnote-34)**.

Pero es de muy ambigua caracterización el vocablo “patrimonio” puesto que se asemeja más al dominio público en el caso del “patrimonio de áreas naturales” que el “patrimonio forestal”, puesto que la vocación de este último es de concesionarse o venderse a los particulares, como es también el caso de las tierras que no tienen otro dueño, que pertenecen al patrimonio del Instituto de Desarrollo Agrario (INDA) y que son adjudicadas en venta a los particulares. Por otra parte, se ha manifestado que el “patrimonio cultural” puede integrarse también con bienes de propiedad de los particulares, quienes en ningún momento pierden la potestad de disponer de tales bienes. Para el ingreso, aprovechamiento, concesión y uso general de la población en el patrimonio de áreas naturales del Estado, se requiere el cumplimiento de requisitos determinados, lo que no es el caso con las playas, puentes y caminos.

Uno de los curiosos dominios públicos es el de la biodiversidad. Según el concepto de biodiversidad contenido en la Convención de la Diversidad Biológica, comprende tres aspectos que se compenetran: la diversidad de especies, la diversidad de genes dentro de las especies y la diversidad de ecosistemas donde viven aquellas especies. Esta definición es tan amplia que abarca todos los seres vivos dentro del territorio nacional, incluyendo por supuesto los seres humanos; así como todos los ecosistemas, con su equivalencia de todo lugar físico donde se dan interacciones vitales, incluyendo aquellos de propiedad de los particulares. Por tratarse de un término que comprende tan amplios aspectos, su utilidad se encuentra restringida y resulta de poca funcionalidad, por lo menos en el nivel jurídico.

Finalmente, la denominación de “patrimonio de la humanidad” que impone la UNESCO en bienes determinados, a monumentos y a poblaciones, no prejuzga ninguna característica jurídica relativa al dominio o la propiedad del objeto de la declaración.

**Las características jurídicas de los bienes del Estado**

Como se adelantó al inicio de esta sección, la más sencilla de las clasificaciones es aquella del Derecho Civil, que desde el punto de vista de la *propiedad* del Estado divide los bienes de este en: dominio público y dominio privado. No obstante, no se puede afirmar con técnica jurídica que el Estado es propietario del dominio público en un sentido tradicional, porque en general carece de la facultad de disposición sobre tales bienes, que es una de las principales características del derecho de propiedad.

En todo caso, la principal característica jurídica del dominio público es que resulta *inalienable* e *imprescriptible*. Asimismo, la existencia del dominio público se determina solamente en virtud de una declaratoria constitucional, legal o normativa municipal, lo que no se debe confundir con la *publicatio* del servicio público, aunque sea similar; declaratoria constitucional, legal o normativa municipal que también es necesaria para la *desafectación* del dominio público, en virtud de la cual este dominio pierde la calidad de público. No obstante, Oramas estudia “la desafectación de la playa de mar” que, por lo menos en la normativa ecuatoriana, ocurre de una manera tácita, con el retiro del mar, exponiendo el aluvión a la accesión del propietario ribereño**[[35]](#footnote-35)**.

Los demás bienes públicos enumerados, como son los “patrimonios” ostentan propiedades jurídicas que difieren de las del dominio público en una serie de aspectos determinados, como se acaba de ver.

La inalienabilidad se traduce en la imposibilidad jurídica de transferir los bienes del Estado. Como se ha hecho notar la inalienabilidad “consiste en una incapacidad administrativa de vender más que una indisponibilidad real”**[[36]](#footnote-36)**.

La imprescriptibilidad del dominio público resulta, entonces, una consecuencia de la noción de inalienabilidad. La imposibilidad de que los particulares adquieran bienes del dominio público, necesariamente excluye que ellos puedan adquirir su propiedad válidamente a través de la prescripción.

**La disposición de los bienes del Estado**

Ninguno de estos bienes, incluyendo aquellos otros determinados por la doctrina, podrían ser enajenados en su calidad de tales, es decir como bienes del dominio público. Pero muchos de ellos pueden ser *desafectados* de su calidad de bienes públicos y enajenados posteriormente. El ejemplo más común es el de las calles y plazas, para cuya venta se requiere una desafectación sujeta a las normas municipales. Al contrario, también se pueden afectar bienes del Estado y bienes particulares para convertirlos en calles y plazas. Asimismo, por ley se pueden declarar como bienes públicos otros bienes considerados hasta entonces bienes de dominio particular o bienes del Estado. Tal fue el caso de la declaratoria legal que se hizo de los terrenos por encima de los cuatro mil quinientos metros como bienes públicos[[37]](#footnote-37), que consta en la actualidad en el Código Civil.

Tradicionalmente el Derecho Constitucional ecuatoriano atribuyó al Congreso Nacional la “enajenación” o “aplicación a usos públicos” de los bienes nacionales y “arreglar” su administración (Constituciones de 1845, 1851, 1852, 1861, 1869 y 1906). En sucesivas constituciones se facultó al Congreso a “decretar” o “autorizar” la enajenación o hipoteca de los bienes del Estado. Sobre los bienes muebles dispuso la Constitución de 1946 que su venta se debería someter a lo dispuesto por la ley. La última Constitución que trató de este tema dispuso que correspondía al Senado autorizar “la enajenación o gravamen de los inmuebles”*[[38]](#footnote-38)*. La Carta Política vigente suprime las atribuciones del Congreso en este trámite y encarga a la Contraloría General del Estado “controlar los ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos”. (Art. 211), en consecuencia de lo cual esta ha dictado el Reglamento General de Bienes del Sector Público**[[39]](#footnote-39)**.

Se puede concluir, sobre la base del análisis sucinto realizado, que con anterioridad a la Ley de Modernización se podía enajenar libremente cualquier clase de bienes muebles e inmuebles del Estado, de los considerados bienes fiscales, con las limitaciones contempladas en la Ley de Presupuestos del Sector Público, sus reglamentos y el Reglamento General de Bienes del Sector Público. Asimismo, conforme se detalló más arriba, el Estado y sus instituciones pueden encargar a instituciones privadas de crédito legalmente reconocidas el manejo de sus fondos, con sujeción a las normas pertinentes. Esto se aplica también a los bienes muebles e inmuebles de las empresas de derecho público que ejecutan la explotación económica en áreas reservadas al Estado constantes en el Art. 247 de la Constitución. En efecto, en estos casos la Constitución se refiere a explotación por parte de “empresas públicas, mixtas o privadas”, pero no entra en el asunto de la disposición de los bienes, que está reglado en las normas legales indicadas.

La Ley de Modernización supera determinadas limitaciones existentes en las normas citadas —Ley de Presupuestos del Sector Público y Reglamento de Bienes del Sector Público. En efecto la Ley de Modernización contempla entre otras modalidades “la venta” (Art. 43, ch) para la ejecución de “los procesos” de “desmonopolización, privatización y delegación”. Si entendemos la “privatización” como el traspaso del patrimonio público al sector privado, está claro que la Ley de Modernización autoriza la venta de los bienes fiscales del Estado sin limitaciones, con sujeción al reglamento de la Ley y otras disposiciones aplicables. La Constitución expresamente reconoce la posibilidad de venta del patrimonio público —o patrimonio fiscal, para distinguirlo del dominio público, que es “inalienable”— sin limitaciones, al disponer que “los recursos económicos generados por la transferencia del patrimonio de empresas y servicios públicos” formarán parte del capital del Fondo de Solidaridad[[40]](#footnote-40).

**La enajenación del patrimonio del Estado y sus entidades**

Se puede afirmar que la Ley de Modernización no contempla la “privatización” —en forma de enajenación— de ninguno de los bienes del dominio público descritos. La Ley de Modernización sí afecta, en cambio, a la explotación que puedan hacer los particulares de los minerales y productos del subsuelo como los hidrocarburos. Pero esto ya se encontraba determinado por las leyes de Minería y de Hidrocarburos anteriormente, como la concesión minera y los contratos de asociación[[41]](#footnote-41) para explotar hidrocarburos, así como en las reformas posteriores que establecieron nuevas figuras contractuales, como los contratos de prestación de servicios[[42]](#footnote-42), de consorcio y *autorización* de actividades de “transporte, refinación, industrialización almacenamiento y comercialización” que asuman “la responsabilidad y riesgo exclusivo de la inversión sin comprometer recursos públicos”[[43]](#footnote-43) conforme lo permitido en el Art. 247 de la Constitución, no existiendo en estos casos ninguna transferencia de bienes. Asimismo, con mucha anterioridad, el Código de Policía Marítima establece las condiciones en que se pueden ocupar las playas de mar para obras de infraestructura, por ejemplo, incluso indefinidamente.

En cambio, la Ley de Presupuestos del Sector Público y la Ley de Modernización se refieren a la enajenación de los llamados bienes del Estado o bienes fiscales (en contraposición a los bienes del dominio público) como edificios, terrenos, plantas y equipos industriales, etc. del Estado, así como la Ley de Contratación Pública para compraventa de inmuebles entre instituciones públicas.

Para las alternativas de manejo de los capitales públicos, vale decir aquellos de propiedad del Estado y sus entidades, se aplica una normativa variada. Para esto resulta aplicable la clásica distinción del Código Civil entre bienes muebles e inmuebles. Aunque tradicionalmente los bienes inmuebles fueron de mucho mayor valor, en los patrimonios empresariales hoy día los bienes muebles consistentes en títulos valores, acciones y dinero en efectivo, pueden tener por lo menos tanta importancia y con frecuencia mayor que los bienes inmuebles. Se tratará primero de los bienes muebles e inmuebles en general y en seguida de los bienes muebles que son capitales públicos y su inversión en acciones de compañías constituidas conforme a la Ley de Compañías.

En estos temas de la transferencia de los bienes fiscales del Estado, como en los demás aspectos de la competencia, se requiere en todos los casos de una norma expresa. Según el Procurador General del Estado “ninguna autoridad está facultada para donar fondos creados por ley para una finalidad específica, sino que las donaciones, en general, están prohibidas por el Art. 16 del Decreto Ejecutivo N° 1436 A, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 370, del 31 de enero de 1994”[[44]](#footnote-44), aunque debe notarse que existen normas específicas sobre donaciones determinadas en la Ley de Regulación y Control del Gasto Público**[[45]](#footnote-45)**.

La administración y manejo de bienes del Estado y sus entidades están sujetos principalmente, como se dijo, al Reglamento General de Bienes del Sector Público[[46]](#footnote-46) y sus reformas. La enajenación de los bienes se rige por este Acuerdo de la Contraloría y por el Art. 43 de la Ley de Presupuestos del Sector Público y el Reglamento de este Art. 43, en el caso de los llamados “activos improductivos”.

Hay clases especiales de bienes muebles sobre los cuales existen normas expresas. Ellos son principalmente los vehículos[[47]](#footnote-47).

La Ley de Contratación Pública dispone que

*Para la transferencia de bienes inmuebles entre entidades del sector público no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos* **[[48]](#footnote-48)***.*

En concordancia con lo dispuesto por esta ley, el Procurador General del Estado ha dictaminado:

*De conformidad con el penúltimo inciso del artículo 36 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, es procedente que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) proceda a enajenar sus inmuebles mediante venta directa a instituciones que integran el sector público* **[[49]](#footnote-49)***.*

***Enajenación de bienes inservibles y obsoletos***

Según el indicado Reglamento de Bienes, cuando estos bienes “son inservibles u obsoletos o hubieren dejado de usar” se podrán enajenar mediante remate, por el sistema de remate o por venta directa.

El Procurador General del Estado ha dictaminado:

*De acuerdo a la normatividad vigente citada y a las copias de los documentos proporcionados por el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, se establece que dicha entidad ha realizado ya dos llamamientos a concurso para remate de la fábrica de ladrillos “Los Pambiles”, los mismos que han sido declarados desiertos, disponiéndose su archivo. Pero en razón de lo que establece el Art. 14 del Reglamento para la Enajenación de Bienes Improductivos, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda debió revisar las condiciones de las bases a fin de establecer si éstas obstaculizaron o impidieron la presentación de ofertas, en cuyo caso debió proceder a reformar las condiciones de las bases y a convocar a un nuevo concurso, que no requiere de la autorización del Ministro de Finanzas y Crédito Público prevista en el Art. 7 del reglamento.*

*Si reabierto el concurso, en los términos manifestados, se mantuviere la falta de interés, debe archivarse el proceso, situación que aún no ha acontecido en el caso materia de la presente consulta, ya que se ha realizado la segunda convocatoria a remate declarada desierta, y no se ha procedido a revisar las bases para una nueva reapertura.*

*Como la consulta formulada contiene una duda respecto a la aplicación del reglamento varias veces citado, el funcionario competente para resolverla es el Contralor General del Estado, conforme al artículo 19 del mismo Reglamento* [[50]](#footnote-50)*.*

***Transferencia de bienes***

Adicionalmente, no sólo para los bienes inservibles u obsoletos, sino para toda clase de bienes muebles se contempla entre dependencias del Estado el traspaso de bienes; mientras que entre personas jurídicas públicas como el Estado y sus entidades procede el comodato y la donación. Por último cabe la transferencia gratuita de bienes muebles a una “entidad u organismo del sector público o una institución de educación, asistencia social o de beneficencia”.

***Venta de tierras de propiedad pública a cooperativas y al INNFA***

El Reglamento General de Bienes del Sector Público autoriza la venta directa de “inmuebles que hubieran dejado de usarse o que no presten servicio alguno al Estado o a las entidades del sector público” a cooperativas de viviendas o al Instituto Nacional del Niño y la Familia (INFFA) sin someterse al procedimiento de remate que los requieran para el cumplimiento de sus objetivos, “[c]uando los terrenos hubieren dejado de usarse o no presten servicio alguno al Estado o a las entidades del sector público”[[51]](#footnote-51).

***Bienes como activos improductivos***

El Art. 43 de la Ley de Presupuestos del Sector Público y su reglamento, relativos a la venta de “activos improductivos” se aplica a los bienes muebles e inmuebles. El Reglamento Sustitutivo para la Enajenación de Activos Improductivos, citado, dice: “Para efectos del presente Reglamento, se considerarán como activos improductivos, entre otros, los siguientes bienes muebles, inmuebles, acciones, papeles fiduciarios y patentes de propiedad (...)”. En principio debe entenderse que las acciones, papeles fiduciarios y otros similares son bienes muebles, por lo que la enumeración es redundante. El procedimiento para la venta en todos los casos es el concurso público, que podrá efectuarse por “uno, varios o grupos de bienes”[[52]](#footnote-52).

En la Ley de Modernización se abren otras opciones para la enajenación de bienes públicos,incluyendo títulos valores, siempre que se trate de “procesos de desmonopolización, privatización y delegación”, expresados en la denominación general de “venta” y de “cualquier otra modalidad (...) que esté amparada por la ley ecuatoriana”. En este último caso se deberá establecer el procedimiento en decreto ejecutivo (Art.43 ch) y e) de la Ley de Modernización).

***Dictámenes de la Procuraduría General del Estado sobre bienes***

Por ser pertinente a lo que se discute en este apartado, se reproduce en lo que corresponde un par de dictámenes del Procurador General del Estado, sobre variados aspectos de las transferencias de bienes:

*1.- En el caso de activos que, por resolución motivada se hubieren declarado como improductivos, su enajenación debe observar el procedimiento establecido en el Reglamento para la Enajenación de Activos Improductivos, cuyo ámbito de aplicación incluye al Ministerio de Turismo.*

*Para bienes que se hubieren vuelto innecesarios para la entidad, pero que pueden ser utilizados por otra entidad u organismo del sector público que los requiera para el cumplimiento de sus fines, es aplicable el procedimiento previsto en el artículo 48 y siguientes del Reglamento General de Bienes del Sector Público, en concordancia con el penúltimo inciso del artículo 36 de la Ley de Contratación Pública, que dispone que la transferencia de dominio de inmuebles entre entidades del sector público se podrá realizar por compra venta, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. El mismo reglamento es aplicable para la enajenación de inmuebles que se hubieren dejado de usar pero son susceptibles de venta, caso en el cual se prevé el procedimiento de remate.*

*Considero inaplicables las normas de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, salvo que el Proyecto de Desinversión de Bienes del Ministerio de Turismo, involucre alguna de las áreas de aplicación de los procesos de modernización, establecidas en el artículo 5 de la citada ley. En consecuencia, en términos generales, al no ser aplicable la Ley de Modernización, tampoco lo son los mecanismos en ella previstos, como el de aporte de bienes a sociedades.*

*2.- En ninguno de los casos de enajenación de inmuebles del sector público, los reglamentos han previsto que se acepte en garantía por el pago del precio la constitución de un fideicomiso mercantil; en consecuencia, considero que tratándose de procedimientos reglados, sujetos al principio de legalidad, en el evento en que se admita pago a plazos, las garantías deben ser incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, y no pueden ser otras que aquellas señaladas en el artículo 32 del Reglamento General de Bienes del Sector Público.*

*3.- Conforme se concluyó en líneas anteriores, siendo inaplicable la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, tampoco lo son los mecanismos previstos en dicho cuerpo legal, como el de aporte de bienes a sociedades al que alude su consulta.*

*4.- El destino de la enajenación de inmuebles de propiedad del Ministerio de Turismo está determinado expresamente por la Ley de Turismo. Por tanto, inclusive en el caso en el que se aplique el Reglamento de Enajenación de Activos Improductivos, cuyos artículos 7 y 18 se remiten a la disposición del artículo 43 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, considero que para el ejercicio de la potestad establecida en el inciso final de la citada norma, el Ministerio de Economía y Finanzas deberá tener presente tanto la existencia del Fondo de Promoción Turístico, como la fuente que el Legislador ha previsto para su financiamiento.*

*5.- Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, tanto para el caso en que el Estado o una institución del sector público tenga la calidad de arrendadora como arrendataria, están sujetos a las disposiciones de los artículos 37 y siguientes de la Ley de Contratación Pública.*

*Es deber del Estado, honrar las obligaciones que adquiere contractualmente; en consecuencia, el Ministerio de Turismo debe respetar el plazo que se hubiere estipulado en el respectivo contrato de arrendamiento, sin perjuicio de que en aplicación del artículo 43 de la citada Ley de Contratación Pública, procedería la terminación anticipada, previo el del trámite del respectivo desahucio.*

*Respecto a los contratos de comodato, de conformidad con el artículo 53 del Reglamento General de Bienes del Sector Público, están sujetos a las normas propias de esa clase de contrato, esto es a las disposiciones del Código Civil, cuyo artículo 2083 prevé que el comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido o a falta de convención, después del uso para el que el bien ha sido prestado; la misma norma prevé que la restitución podrá exigirse antes del tiempo estipulado, si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa.*

*6.- La Ley de Seguridad Nacional no es aplicable, toda vez que las “requisiciones” de bienes necesarios para la defensa nacional, a las que el informe jurídico del Ministerio de Turismo hace referencia, proceden únicamente en el evento de movilización y están motivadas en circunstancias de emergencia nacional.*

*En consecuencia, si las Fuerzas Armadas estuvieren interesadas en adquirir bienes inmuebles de propiedad del Ministerio de Turismo, el procedimiento aplicable será el que corresponda según la calidad del bien (productivo o improductivo).*

*(…)*

*8.- En los casos de aplicación del Reglamento General de Bienes del Sector Público, el avalúo del inmueble lo realizará la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, de conformidad con la expresa disposición del inciso final del artículo 15 del reglamento, en concordancia con el artículo 36 de la Ley de Contratación Pública.*

*Para el evento en que sea aplicable el Reglamento de Enajenación de Activos Improductivos, su artículo 3 prevé que el avalúo de acuerdo con la naturaleza del bien y su complejidad se practicará, por la propia entidad u organismo, por firmas o consultoras privadas, o por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, tomando en cuenta, según el caso, las revalorizaciones efectuadas por las propias entidades y cuidando siempre que el avalúo refleje los precios de mercado.*

*9.- El avalúo actualizado es aquel que refleja fielmente el valor del bien en el mercado, en la época inmediatamente anterior a su enajenación.*

*10.- En concordancia con lo dicho al absolver la primera consulta, considero que toda vez que ninguno de los cuerpos normativos aplicables a la enajenación de inmuebles de propiedad de las instituciones del sector público, autoriza que sea un banco de inversión quien efectúe el avalúo de los bienes, ello no sería procedente, tanto más cuanto que se trata de normas de derecho público* [[53]](#footnote-53)*.*

Sobre el alquiler de bienes muebles del Estado, el Procurador ha dictaminado:

*Consulta:*

*Sobre la legitimidad de la expedición y aplicabilidad de la Ordenanza que regula el alquiler de la maquinaria pesada y la venta de lastre por parte del Consejo Provincial del Cañar.*

*Pronunciamiento:*

*Del texto de la ordenanza de la referencia, se establece que ese organismo ha puesto a disposición del público en general el alquiler de la maquinaria pesada de la institución, para ser utilizada en trabajos particulares; y, la venta de lastre.*

*Cabe establecer que, tanto la Ley Orgánica de Régimen Provincial como la Ley de Contratación Pública no prevén el alquiler de bienes muebles por parte de las instituciones públicas; consecuentemente, ésta no es una facultad que se pueda atribuir el Consejo Provincial, pues, en el caso que nos ocupa, la maquinaria tiene un fin específico que cumplir, el servicio público, así lo establece el Art. 4 del Reglamento General de Bienes del Sector Público, aplicable para los bienes de las municipalidades o de sus empresas y de los consejos provinciales, en cuanto no se opongan a las leyes de Régimen Municipal y Provincial, respectivamente (Art. 121).*

*La Ordenanza que regula el alquiler de la maquinaria pesada y la venta de lastre por parte del Consejo Provincial del Cañar, publicada en el Registro Oficial N° 150 del 19 de agosto del 2003, no es aplicable, puesto que no se encuentra ajustada a derecho* [[54]](#footnote-54)*.*

***Constitución de compañías***

El dinero es sin duda un bien mueble y de los más importantes. En derecho público cabe referirse a los fondos o capitales públicos. Respecto a la inversión de estos capitales públicos en acciones de compañías, para el Estado y sus entidades caben dos formas de administración, si puede así llamarse: un régimen de derecho público y otro de manejo privado. Esto no obsta para que en ambos casos proceda el control de la Contraloría General del Estado. La Ley de Compañías vigente determina la posibilidad de la constitución de compañías anónimas de capitales públicos y compañías de economía mixta. El Art. 147, § 2º dice:

*Las compañías anónimas en que participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública podrán constituirse o subsistir con uno o más accionistas.*

La Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal dispone que:

*Las instituciones del sector público podrán hacer inversiones en nuevas acciones de sociedades de capital solo con sus propios recursos, que no deberán provenir de transfererencias o de la asunción directa o indirecta de pasivos por parte del Gobierno Central o del respectivo Gobierno Seccional.*

(Art. 20)

Por su parte, el Art. 308 de la Ley de Compañías, sobre la compañía de economía mixta, dispone que: “El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”. En cambio, para la constitución de compañías anónimas de capitales públicos, no existe una disposición semejante, que mencione en forma expresa a los consejos provinciales, pero el artículo aplicable tampoco se refiere a ninguna otra entidad pública, sino que alude en general a “instituciones públicas”. Así, podría discutirse el criterio del Procurador General del Estado, cuando dictamina que “[e]l inciso segundo del Art. 159 (Art. 147 actual) de la Ley de Compañías que se ha invocado en su oficio, tendría aplicación para el caso de una entidad pública a la que la Ley confiera expresamente la facultad de constituir ese tipo de compañías. Por lo dicho, considero que en el caso de la consulta, el Consejo no puede constituir la compañía a la que se refiere la consulta”[[55]](#footnote-55). Aunque fuera acertado este criterio del Procurador, siempre podría un consejo provincial constituir una compañía de economía mixta y convertirla en compañía anónima mediante la venta en efectivo de sus aportes, aplicando la norma del Art. 316 de la Ley de Compañías, pero en tal caso no podría conservar acciones de esa compañía. En todo caso, para la atención de servicios públicos que le corresponden, se podrá constituir una compañía de economía mixta, en aplicación de lo determinado en el Art. 317 de la Ley de Compañías.

***Venta de acciones de compañías anónimas y mixtas***

Para la provisión de servicios públicos por parte de los particulares, la Constitución autoriza la prestación directa o “por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria, o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la Ley”[[56]](#footnote-56). Por otra parte, una vez constituida una compañía de economía mixta, la venta de sus acciones, es decir su traspaso al sector privado, resulta fácil relativamente, por existir una disposición expresa en la Ley de Compañías, que así lo autoriza. El Art. 316 dispone que “En esta clase de compañías el capital privado podrá adquirir el aporte del Estado pagando su valor en efectivo (...) la compañía deberá transformarse en una compañía anónima”.

Diferente situación es el de las compañías anónimas constituidas con capitales públicos, porque no existen provisiones en la Ley de Compañías para la venta de sus acciones a los particulares. No podría, en efecto, darse la situación de que los particulares pasen a integrar un tipo de compañías de éstas, porque su definición pasaría a ser la de compañía de economía mixta. Por lo menos se requeriría de un trámite de transformación, contemplado en la misma Ley de Compañías, a lo que se refiere también la Ley de Modernización.

Existen otro tipo de compañías anónimas, las de capitales privados —para contraponerla a la compañía anónima de capitales públicos a que se refiere el Art. 159 de la Ley de Compañías— en las cuales el Estado o sus instituciones podrían haber adquirido acciones por variadas razones. En este caso, si la compañía se constituyó como de capitales privados y posteriormente el Estado y sus entidades adquieren acciones como cualquier otro accionista, la compañía no experimenta ninguna transformación, ni se convierte por eso en empresa pública o compañía anónima de capitales públicos. Este es el caso de las numerosas compañías en las que era socia la Corporación Financiera Nacional (CFN), muchas de cuyas acciones fueron vendidas en años anteriores.

La constitución de compañías anónimas públicas y compañías de economía mixta por parte del Estado, sujetas a la Ley de Compañías, determina la aplicación de un régimen principalmente privado para el manejo de esos capitales. Por ejemplo, la contratación de bienes, obras y servicios, no está sujeta a las normas de la contratación pública; su presupuesto no necesita de aprobación legislativa; para la colocación de sus capitales en instituciones financieras no se requieren las autorizaciones que las normas jurídicas exigen a las instituciones públicas; no obstante todo lo cual, como se anticipó, sí están sujetas al control de la Contraloría General del Estado y del Procurador General del Estado. Determinadas de estas compañías podrían estar sujetas al régimen salarial determinado por SENRES, en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

***Privatización por “capitalización”***

La compañía de economía mixta tiene la virtualidad de cumplir con la condición expresada en el Art. 61 de la Constitución que dice que el Estado podrá delegar por ley las actividades que se reserva en forma exclusiva y que manejan las empresas públicas, “en los casos en que la ley establezca”. Esto no sería posible sin una ley porque el principio general es que estas empresas que componen el sector público de la economía son “de propiedad exclusiva del Estado”. Pero la Ley de Compañías dispone que las empresas de economía mixta podrán dedicarse entre otras tareas a “la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos” (Art. 309).

Asimismo, determina la Codificación de la Ley de Compañías que el Estado y sus entidades podrán participar en una compañía de economía mixta “mediante la concesión de prestación de un servicio público por un tiempo determinado” (Art. 310). En esto se debe entender que el aporte del Estado sería la concesión misma “por un tiempo determinado”, a cambio de lo cual tendrá que recibir una participación a ser estimada. Obviamente, no existe ningún impedimento para que esta participación sea minoritaria. Finalmente, conforme a la Ley de Compañías esta participación pública podrá eventualmente trasladarse al sector privado, como se detalla más adelante. Por supuesto, que al tratarse de una concesión por un tiempo determinado, al expirar la concesión el Estado podrá cargar los derechos correspondientes para renovar la concesión, abstenerse de renovarla, adjudicarla a otra entidad o constituir otra compañía conforme el mismo esquema.

Además de la venta al sector privado de la participación pública existe la posibilidad de que sucesivos aumentos de capital del sector privado diluyan progresivamente la participación pública. Por esta razón es que se ha manifestado que una de las formas, autorizada por la ley, de privatización de empresas públicas en Sudamérica es la “capitalización”.

Sería perfectamente constitucional y legal constituir una compañía en economía mixta para la prestación del servicio de agua potable, por ejemplo, como lo permite la misma Ley de Compa-ñías (Art. 310) y después proceder a su capitalización, en el sentido que se indicó más arriba. Esto sería válido para actividades que no han sido entregadas en forma exclusiva a entidades específicas. Sin embargo, las principales actividades que se requieren modernizar están encargadas por las leyes respectivas a entidades públicas específicas.

En similar sentido, pareció ineficaz, antes de la vigencia de la Ley de Modernización, la constitución de una compañía anónima con el nombre de Ecuatoriana de Aviación, que recibiría los activos y rutas aéreas de la empresa estatal Ecuatoriana de Aviación. En primer lugar, ninguna norma legal vigente autorizaba a funcionario alguna de la Administración Pública o de Ecuatoriana de Aviación para proceder a ese traspaso. En segundo lugar, aunque tal hubiera sido posible, todavía subsistiría la empresa estatal, con sus obligaciones y deberes intactos, pero sin patrimonio, aviones ni rutas; es decir en completa inactividad. Se hubiera podido acusar a las autoridades competentes del gobierno de incumplimiento de la Ley por no actuar como esta dispone sobre el funcionamiento de esta empresa pública. En este sentido se planteó una queja en el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Estos problemas acerca de la necesidad que existía antiguamente de una ley expresa para delegar la ejecución de actividades públicas a compañías se sortean fácilmente con la Ley de Modernización.

***Venta de bienes muebles títulos-valores de propiedad pública***

El Reglamento para la Enajenación de Activos Improductivos incluye la referencia a acciones y papeles fiduciarios. El Art. 43 de La Ley de Modernización alude en forma genérica a la “venta” y a otras modalidades permitidas por la ley que determine el Presidente de la República por Decreto Ejecutivo. Como se dijo anteriormente, estas modalidades contractuales permitidas por la ley serían principalmente las contenidas en el Código Civil. También son aplicables las disposiciones de la Ley de Compañías y, finalmente, del Código de Comercio, -si se trata de negociaciones entre una empresa pública y una compañía anónima comercial, por ser este código aplicable entre comerciantes exclusivamente. El Art. 56 de esta ley contempla el mecanismo de la oferta en la Bolsa de Valores de una parte o la totalidad de las acciones de propiedad de la entidad u organismo que se oferte, así como la suscripción pública de acciones o subasta pública.

**xviII. El ejercicio de las potestades públicas frente al ejercicio de los derechos y libertades**

**La posición objetiva y subjetiva del ejercicio de las potestades públicas**

***La potestad estatal***

**La policía administrativa**

¿Qué tendrían en común el aprovechamiento de aguas para riego, los subsidios a la agricultura y la industria, los controles de la Superintendencia de Bancos, la concesión de uso de playas para el cultivo de camarones, la licencia de conducir y el permiso de construcción? O incluso, ¿cómo se vinculan tales atribuciones del Estado con la potestad de las fuerzas del orden para disolver una manifestación popular violenta?

El enfoque sobre el contenido de las potestades públicas en la organización del Estado mantiene un continuo ininterrumpido en la historia de la organización social que no fue modificado por las revoluciones, la francesa y las comunistas. Su sistematización en la doctrina jurídica administrativa se denominó *la policía administrativa*.

**El Estado policía**

En efecto, si bien uno de los dos grupos predominantes en la configuración de la nueva sociedad política francesa, los girondinos, preconizaron un rompimiento con el antiguo régimen y la devolución del poder político a las comunidades locales por ejemplo, fueron desplazados por los jacobinos, que trasladaron las tradicionales potestades reales al poder ejecutivo, encarnado ahora en el pueblo, representado en la Asamblea Popular.

Uno de los elementos del histórico enfrentamiento entre girondinos y jacobinos se refirió a esta cuestión[[57]](#footnote-57):

*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* [[58]](#footnote-58)*.*

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”[[59]](#footnote-59). 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. 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[[60]](#footnote-60).

Durante el siglo XIX en Europa, los ideales anarquistas, de la comuna y los propiamente marxistas, visualizaron un ideal de regreso a la población de los poderes asumidos por el Estado. No obstante, el mismo Marx consideró indispensable acentuar antes que eliminar esa potestad en una primera etapa, la dictadura del proletariado, previo al establecimiento de la sociedad comunista y posteriormente del socialismo; y el ejercicio de la policía en sus diferentes manifestaciones se desarrolló sin duda en la Unión Soviética y en las sociedades socialistas de hoy.

Las cunas del Derecho Administrativo, básicamente Alemania y Francia desarrollaron nociones que teorizaron sobre el ejercicio de las potestades públicas en el encuadramiento de las actividades ciudadanas, con el desarrollo de la construcción doctrinal del Poder de Policía, que alcanzó su cúspide a fines del siglo XIX.

Mayer, a comienzos del siglo XX, le asigna una significación más bien positiva al concepto de *policía* y *Estado policía*, muy diferente que la connotación que hoy ostenta este término[[61]](#footnote-61).

**El surgimiento del servicio público**

El célebre publicista Duguit, con sustento en una naciente jurisprudencia del Consejo de Estado francés, desarrolló una conceptualización alternativa al ejercicio del poder del Estado: *el servicio público*. El Estado, afirma, no se caracteriza por el despliegue de las potestades públicas sino que solo se justifica por la prestación de servicios a la comunidad. La doctrina de los servicios públicos, fue sin duda una de las instituciones más exitosas en la naciente historia del Derecho Administrativo, hasta el punto que en forma renovada es una de las más importantes figuras de la actividad estatal contemporánea. Por otra parte, en Francia, toda la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se definió por mucho tiempo y todavía ahora, alrededor de los servicios públicos. Como se conoce, en Francia el Estado también maneja materias determinadas en otras jurisdicciones, especialmente la civil.

Pero el éxito de la noción del servicio público no reemplazó la de *summa potestas* del Estado, como propugnó Duguit, sino que ambas nociones convivieron, hasta el advenimiento de los servicios públicos industriales y comerciales, que desencadenaron la llamada crisis del servicio público. En efecto, las actividades estatales industriales y comerciales cada vez encajaron menos en las tradicionales características del servicio público.

**Del Estado de Bienestar al Estado de Derecho y las nociones subsidiarias**

En efecto, si la policía administrativa consiste en las restricciones legales impuestas a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, el servicio público, en cambio, consiste en una actividad positiva, prestacional, que cumple el Estado a favor de los ciudadanos, concepto que difícilmente se puede aplicar a empresas públicas industriales y comerciales en las que el Estado, produce bienes para el mercado, generalmente en competencia con los particulares.

En su momento (alrededores de 1900), en su clásico “derecho administrativo alemán” Mayer, desarrolla conjuntamente con la noción de poder de policía, la del “servicio del Estado”, que define como la “obligación de derecho público en virtud de la cual un súbdito está forzado a prestar al Estado, con abnegación personal, cierta especie de actividad”; apenas elabora en forma indirecta la noción de servicio público –referencias al dominio público y su concesión, así como la empresa pública[[62]](#footnote-62).

En Francia, Batbie, en la edición de 1885 de su obra, alude a las actividades estatales de obras públicas, mientras menciona las servidumbres de vía y la expropiación por causa de utilidad pública, como gravámenes a los ciudadanos, pero no desarrolla el tema de los servicios públicos[[63]](#footnote-63).

Difícilmente encajan en estos esquemas las actividades del Estado de producción de bienes y servicios para el mercado a través de las empresas públicas, en competencia con los particulares o de forma monopólica, que se desarrollaron principalmente en Europa a mediados del siglo XX. Simultáneamente, los Estados se esforzaron por apoyar los empeños de los particulares en el desarrollo principalmente industrial con legislaciones de fomento, incluyendo exoneraciones tributarias y subsidios estatales, en la forma de devoluciones de tarifas y de préstamos con bajos inte-reses, por ejemplo. En tal momento, pudo acertadamente el administrativista español Jordana de Pozas establecer su clasificación de actividades del Estado en: “(…) tripartición de las formas de actividad administrativa que formuló Jordana: policía, fomento y servicio público”[[64]](#footnote-64) y retomado por Díez en: “La administración ejerce tres actividades fundamentales: fomento, policía y servicios públicos”[[65]](#footnote-65). La distinción entre estas tres actividades la establece Jordana de Pozas:

*(…) el fomento se distingue perfectamente de la policía y del servicio público.*

*Se distingue de la policía en que, mientras esta previene y reprime, el fomento protege y promueve, sin hacer uso de la coacción.*

*Y se diferencia del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza directamente y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan indirectamente el fin que la Administración persigue* [[66]](#footnote-66)*.*

Pero incluso esta clasificación más amplia no alcanza a englobar nuevas actividades del Estado como las de planificación y las de producción de bienes y servicios para el mercado, en sistema de monopolio e incluso en competencia con los particulares, como funciona todavía en Europa el día de hoy, con el gigantesco avión transcontinental Airbus como el mejor ejemplo de un producto para el mercado de una empresa pública multinacional de proyección internacional. Considérese también la actividad de consultas públicas de la Administración con los ciudadanos que cobra importancia creciente como requisito indispensable de la actividad gubernamental.

Hay que reconocer, no obstante, que la regulación y control, propiamente resultan actividades con perfil de policía administrativa, pero que responden a diferentes esquemas y “técnicas”, como se verá más adelante.

Martín Mateo resume el nuevo estado de cosas así:

*En el Estado absoluto, bajo la rúbrica de policía, se comprendía prácticamente todo el obrar administrativo, abarcando tanto la policía de seguridad como la policía de bienestar (…). Al incrementarse las competencias y fines de la Administración dentro del concepto de orden público (…) también una serie de complementos como la salubridad, la moralidad, la estética, el orden público económico, el orden público político. Surge así, frente a la policía general, garantizadora del orden público en su sentido clásico, las policías especiales que abarcarían el urbanismo, la administración económica, la policía de la industria, etc.*[[67]](#footnote-67)*.*

***Los derechos de los ciudadanos***

El enfoque del Estado de Derecho, con sus variaciones, que se contempla desde fines del siglo XIX, se complementa con el énfasis creciente en la noción de derechos humanos durante todo el siglo XX, hasta obtener el predominio que ostenta en la actualidad, con nociones subsidiarias como las del Estado Regulador a raíz del enfoque privatizador de los 80 y los 90 en Europa y en América Latina.

La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, expresa:

Art. 16.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.

En consecuencia, en su crítica de la noción de policía administrativa, Gordillo considera que lo procedente es “la inversión del principio”:

*“En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal (“policía”, “poder de policía”) al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como “Estado de Derecho” y que se encuentran sometidos a un régimen supranacional e internacional de derechos humanos, sentar la premisa opuesta. Es así como corresponde afirmar que el principio general establecido son los derechos individuales a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal”* [[68]](#footnote-68)*.*

Pero lo que cuestiona Gordillo es la connotación del concepto de policía administrativa, criticando la doctrina de Marienhoff, aunque sin mencionarlo por su nombre, que considera que se pueden imponer también restricciones de policía administrativa a través de reglamentos autónomos del Ejecutivo, que para éste son leyes materiales, aunque todos los autores argentinos contemporáneos, en consonancia con la doctrina administrativa generalizada, condicionan el ejercicio del poder de policía al principio de la llamada “reserva de ley”, que expresa la Constitución ecuatoriana en términos muy similares a la Declaratoria de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa.

Constitución ecuatoriana: Art. 23. “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

“4. (…) Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.

El Artículo 5 de la Declaración francesa de 1789, decía:

“(…) No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley, ni puede obligarse a nadie a hacer lo que ella no ordena”[[69]](#footnote-69).

El artículo 141, de la “reserva de ley” de la Constitución ecuatoriana dispone:

Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

“1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución (…)”.

Así, todos los autores contemporáneos concuerdan con este principio indiscutido y la tradicional noción de “policía administrativa” es criticada unánimemente, pero en general los administrativistas se allanan a este tradicional y familiar concepto, “la policía administrativa”, incluso el mismo Gordillo dedica un capítulo entero a esta denominación, aunque sea para criticarla. Muchos otros autores, intentan nuevos enfoques, como se verá líneas abajo, pero sin que éstos sean generalmente acogidos en forma unánime por la doctrina administrativa. No hay duda de la crisis del principio de la policía administrativa, pero ninguna institución doctrinal la ha venido a reemplazar de manera “pacífica” –para utilizar un término al uso de los ius administrativistas para significar la unanimidad de criterios.

En todo caso, sin perjuicio del problema de la sistematización, resulta indispensable el análisis de las restricciones y limitaciones administrativas establecidas sobre el ejercicio de los derechos de los particulares, incluyendo la configuración del derecho de propiedad, así como otras imposiciones del Estado sobre la propiedad privada como las servidumbres administrativas y la expropiación por causa de utilidad pública.

**Las sistematizaciones de la doctrina del Derecho Administrativo sobre la intervención en los derechos y actividades de los ciudadanos**

***La policía administrativa y el poder de policía***

En el derecho administrativo alemán de comienzos del siglo XX, Mayer define el poder de policía como “la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar”[[70]](#footnote-70), con el mismo sentido de otros autores alemanes que cita.

Según Carré de Malberg, también a comienzos de siglo XX, la policía “consiste en las medidas que aportan *restricciones* a las libertades individuales de los ciudadanos”. Pero aclara: “En el Estado moderno, la policía es, como todas las demás actividades administrativas, sometida al régimen de derecho, en el sentido que no se puede ejercer (…) que por los medios y en virtud de los poderes legales”[[71]](#footnote-71).

Esta noción perdura sin mayores modificaciones en la actualidad, incluso entre los autores contemporáneos que consideran necesario establecer una nueva conceptualización de las actividades del Estado que modifican o que de alguna manera afectan los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Así, la noción de policía administrativa debería poder seguirse utilizando, dice Cassagne, “para referirse al tema de la limitación de los derechos privados”; justificando este uso “por el empleo que de la expresión *police power* hace el derecho norteamericano, cuyas analogías con el nuestro son conocidas, especialmente en determinadas instituciones del derecho constitucional”. Concluye manifestando que este poder se manifiesta a través “de las diferentes técnicas de limitación de derechos privados por razones de interés público”[[72]](#footnote-72).

Algunos autores distinguen entre el Poder de Policía, que corresponde a la legislación; y la policía administrativa, que se desarrollaría a través de actos reglamentarios del Ejecutivo y actos administrativos, siempre en el encuadramiento de una ley habilitante. Dromi explica esta diferencia entre poder de policía y policía administrativa:

“El poder de policía es parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales, reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales (…). El poder de policía se manifiesta a través de normas generales, abstractas, impersonales, objetivas, siendo su objeto más amplio que la policía, pues versa sobre la limitación de los derechos reconocidos a fin de promover el bienestar general.

La policía es parte de la función administrativa, que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. La policía se manifiesta a través de normas particulares (actos administrativos) que constituyen la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta”[[73]](#footnote-73).

***La discusión sobre los medios y fines del Estado***

La historia del derecho administrativo atribuye al profesor francés Duguit el impulso de la tendencia, que ya se perfilaba en la jurisprudencia, a conformar toda una estructura legal administrativa relacionada con el concepto de servicios públicos, según la cual “[l]a noción de servicio público sustituye al concepto de sobera-nía como fundamento del Derecho Público (…). El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios público”[[74]](#footnote-74).

Duguit niega la personalidad jurídica del Estado y la soberanía estatal. En cambio, propuso construir una noción de Estado sobre el concepto del servicio público:

*(...) el Estado no es, como se lo ha querido hacer y como se ha creído algún tiempo que era, una potencia que manda, una soberanía; sino que es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes. Importa entonces precisar esta noción de servicio público, que es capital, y alrededor de la cual gravita todo el derecho público moderno* [[75]](#footnote-75).

El autor citado define el servicio público como:

*(...) toda actividad cuyo cumplimiento debe asegurarse, reglarse y controlarse por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que ella es de tal naturaleza que no se puede realizar completamente más que por intervención de la fuerza gobernante* [[76]](#footnote-76).

Con posterioridad el reputado administrativista español, Jordana de Pozas, establece la categorización de las actividades del Estado, referida líneas arriba, que tiene éxito hasta la presente fecha: lo que García de Enterría denomina la “tripartición de formas de la actividad administrativa”: “policía, fomento y servicio público[[77]](#footnote-77), que es recogido en fecha reciente por autores como Díez[[78]](#footnote-78), conforme se ha citado.

Pero se ha señalado acertadamente que el día de hoy un “examen crítico del concepto tradicional de policía” nos lleva a la conclusión de que no hay forma de distinguir las actividades de policía de las demás actividades del Estado. En efecto, las características que la doctrina generalizada atribuye a la policía administrativa, también se aplican a otras funciones del Estado “reconocidamente no policíacas”[[79]](#footnote-79). Originalmente, se distinguía de las demás actividades públicas por su carácter restrictivo, pero desde la misma época inicial, las figuras de la “autorización”, el “permiso” y la “licencia”, que más bien se consideran de habilitación o de ampliación de derechos, también se han estudiado tradicionalmente bajo el rubro de la policía administrativa.

Dromi enumera criterios “del alcance del llamado *poder de policía*”: “un criterio *restringido* entiende que consiste sólo en la limitación de los derechos individuales a fin de proteger exclusivamente la *seguridad, moralidad y salubridad* públicas (…)”.

Otros criterios citados por Dromi, conforme “la práctica jurisdiccional y la doctrina” son, además del “bienestar general”:

“(…) En una acepción negativa, policía consiste en las medidas traducidas en restricciones, limitaciones, prohibiciones y represiones, inclusive en penas corporales, como el arresto, o pecuniarias, como la multa.

En una acepción positiva policía se identifica con ayuda, fomento, asistencia, en tutela de bienes que merecen protección jurídica pública, v.gr., salud, educación, vivienda.

(…)

A veces, la policía opera como técnica de control o fiscalización, v. gr., la policía financiera que ejerce el Banco Central”[[80]](#footnote-80).

“Tan amplio es el ámbito atribuido al poder de policía, que además de recurrirse a la noción de emergencia, para justificar la validez de su ejercicio, se recurre a la noción de prosperidad (…). Habría pues un “policía de emergencia” y una “policía de prosperidad”[[81]](#footnote-81).

Citando fallos de la Corte Suprema argentina de 1934 y 1944, Dromi dice “Ahora el Estado interviene en consideración a su necesaria actuación en materias de *relevante interés público de orden económico-social (…).* A partir de estas sentencias quedó definitivamente aceptada la regulación estatal de la economía, limitando los derechos individuales de contenido económico. Ningún fallo posterior contradice este criterio”[[82]](#footnote-82).

El problema es que se multiplican las “policías especiales”, hasta el punto que su número abierto imposibilita la sistematización.

Dromi también cita: “limitación de los derechos por razones de seguridad, moralidad y salubridad públicas”, “limitación de la libertad contractual”, “intervención en materia económico-social”. “Imposición de cargas sociales”, “intervención en materia económico-social”. “Imposición de cargas económicas”, “intervención estatal sustitutiva por razones de emergencia económica y de seguridad nacional”, “por razones de emergencia económica y reforma del Estado”, “por razones de solidaridad y subsidiariedad social”, “intervención debido a desastres por razones de la naturaleza”, “por razones de emergencia económico-financiera del Estado nacional”, “por razones de emergencia pública”, “policía de actividades económicas”, “policía financiera”, “policía laboral”, “policía industrial”, “policía comercial”, “policía fiscal y tributaria”, “policía de consumo público”, “policía profesional”, “policía de marcas y patentes”, “policía ambiental”, “policía bancaria”, “policía de transporte”, “policía de servicios públicos privatizados”, “policía de la informática y la telemática”, “policía de relaciones sociales”, “policía de moral, costumbres y convivencia”, “policía de reunión o encuentros públicos”, “policía de culto”, “policía de tránsito”, “policía de seguridad ciudadana”, “policía sanitaria” y “policía deportiva”[[83]](#footnote-83).

Así, la amplitud de los fines del Estado contemporáneo no solo rebasa el concepto de restricción de los derechos de los ciudadanos con objetivos de “seguridad, salubridad y moralidad de la población”, sino que promueve el bienestar social general de la colectividad: “No existe hoy en día una “noción” autónoma y suficiente de “poder de policía”; no existe porque esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal. Finalmente sobre este tema, se constata que bajo el concepto de policía administrativa se engloban también obligaciones positivas y no solamente restricciones: “También ha desaparecido esta característica de la policía”[[84]](#footnote-84).

***Las alternativas a la noción de policía administrativa***

La “crisis” de conceptos que interesa a la presente obra es el del concepto de “policía administrativa”. El principal problema del término es que resulta “de los más generales que se pueda concebir”, en palabras de Vedel. En el lenguaje jurídico antiguo, afirma, ha servido para designar toda orden destinada a ejecutar las finalidades de la sociedad política[[85]](#footnote-85). Si bien se refiere al vocablo *policía* antes que a *policía administrativa*, de hecho, también este concepto adopta una amplitud tan extrema que pierde valor como definición[[86]](#footnote-86).

Así, esta tradicional institución del Derecho Administrativo resulta criticada por la mayor parte de los autores, sin que puedan, no obstante, abandonarla, a falta de una sistematización que sea generalmente reconocida.

En todo caso, resulta universalmente aceptado que el Estado conserva sus potestades públicas, que se personifican en una *soberanía* –hacia el exterior del Estado, frente a otros Estados y entidades políticas internacionales– y un *imperium*  –hacia su inte-rior– como el máximo poder político dentro del Estado, la *summa potestas* a la que se refería Bodino; sometido, no obstante, a la Constitución y las leyes, en el aspecto formal, y cuyo objetivo primordial es de hacer efectivos los derechos humanos de sus ciudadanos, principalmente a través de la acción de la Administración Pública.

Los derechos humanos de los ciudadanos del Estado resultan obviamente configurados por el reconocimiento constitucional y legal, de modo que su ejercicio se modela por medio de normas orientadas al bienestar de la comunidad. Así, el Estado se encuentra en posición de restringir los derechos de los ciudadanos, con sustento en normas legales, siempre que tales restricciones no desnaturalicen el derecho mismo. La Constitución y la ley también contemplan la posibilidad de despojar al ciudadano de su derecho de propiedad por razones de bienestar común o de utilidad pública o de disminuir su alcance, a través de la expropiación y la declaratoria de servidumbre pública, en todo caso mediando el pago de la indemnización correspondiente; asimismo se establecen sanciones que pueden incluir la pérdida de la propiedad, como el comiso; o incluso de la libertad personal, como la prisión. Estas restricciones pueden estar sujetas a excepciones y habilitaciones, que amplían la órbita de acción de los ciudadanos, como es el caso de las autorizaciones, permisos y licencias y concesiones. Por otra parte, en el cumplimiento de su misión de bienestar colectivo, también se pueden expedir medidas de apoyo y subsidio a las actividades privadas, para finalmente disponer su control y regulación. Entonces, la problemática que enfrenta el Derecho Administrativo contemporáneo es de sistematizar estas actividades legales y administrativas de restricciones, habilitaciones y ampliaciones de derechos de los ciudadanos.

La primera de las tareas de la doctrina es de clasificar los poderes del Estado. La antigua clasificación de Jordana, citada líneas arriba, todavía resulta útil para ilustrar las categorías de intervención: policía, servicios públicos y fomento.

Parejo Alfonso en su propio ensayo de clasificación parte de las actividades públicas desde la perspectiva de las potestades y las competencias, con base en el principio de legalidad: “(…) la actividad de (la Administración) sólo puede ser y es siempre una actividad normativamente habilitada, programada y determinada, condición que se expresa en el principio de legalidad”[[87]](#footnote-87); que se complementa en su ejercicio por parte de la Administración Pública en el principio de la autotutela de la Administración, definida como el “poder público constituido, al que es inherente la capacidad para tutelar por sí mismo los bienes jurídicos cuya realización se le encomiende”. Elabora la evolución de la tutela judicial y concluye reiterando sobre la autotutela de la Administración: “(…) como un poder dotado de las prerrogativas necesarias para cumplir sus funciones y, entre ellas, la potestad de autotutela debe ser analizada y valorada en este contexto, es decir, como una opción no sólo perfectamente legítima en él, sino en absoluto ajena o extraña a sus presupuestos y fundamentos”[[88]](#footnote-88).

Martín Mateo propone “un posible enfoque más realista de las distintas modalidades de acción administrativa” y divide “la materia en tres grupos: acción administrativa de garantía, acción administrativa de prestación y acción administrativa de estimulación:

*(…) creemos que todo este tipo de acciones administrativas que se incluían en la rúbrica general de la policía son mejor comprendidas y susceptibles de mejor calificación, si entendemos que la Administración lo que hace aquí es fijar el marco de vida colectiva, establecer un orden intencional de convivencia, garantizar, pues cuál son los ámbitos dentro de los que pueden moverse las iniciativas privadas, y cuáles las posibles conductas de los particulares, definiendo para ello derechos, como en el caso del urbanismo; limitando posibilidades de acción, como en la tasa de precios al fijar valores convencionales, caso también de las divisas o imponiendo obligaciones, como se hizo con los depósitos previos a la exportación* [[89]](#footnote-89)*.*

Resulta claro que los autores se pronuncian en forma unánime en contemplar las “actividades” de la Administración Pública. Estas actividades se pueden clasificar, sea 1. por la materia o tema sobre la cual se aplican; o, 2. por su efecto en los derechos de los ciudadanos.

Bermejo Vera, por ejemplo, en una ampliación contemporánea del ensayo de Jordana sobre la división tripartita de actividades públicas (policía, servicios públicos y fomento) enumera las “actuaciones administrativas”: “actuación policial o *de policía*, o de limitación, actuación estimulante o *de fomento*, actuación de prestación o de *servicio público* y actuación o *gestión económica*”. Estas actuaciones se concretan a través de diferentes “prerrogativas”: “Entre las prerrogativas más destacables asignadas a las Administraciones públicas para el ejercicio de su actividad, se encuentran la potestad sancionadora, la potestad tributaria y financiera, la de programación y planificación, la expropiatoria y la arbitral”[[90]](#footnote-90); descontando expresamente que existen otras prerrogativas, que no menciona.

En estas clasificaciones tampoco se han puesto de acuerdo los diferentes autores, porque algunos estudios incluyen las “sanciones”, al lado de actividades del Estado como las mencionadas, de policía y las “ablatorias”, donde se incluyen las servidumbres administrativas y las expropiaciones.

Dentro de la sistematización que corresponde parece de mayor utilidad el estudio de las actividades de la Administración Pública, desde el punto de vista de su influencia en la esfera subjetiva del ciudadano.

***La policía administrativa en sentido estricto***

Tiene razón Cassagne cuando justifica la continuación del uso de policía administrativa, recordando su actualidad en el derecho estadounidense y la vinculación de la doctrina del Derecho Público sudamericana con el Derecho Constitucional de los Estados Unidos. Citando una sentencia de la Corte Suprema de ese país, Black define *police power* como “el poder del Estado para imponer restricciones en la libertad personal y los derechos de propiedad de las personas para la protección de la seguridad pública, salud y moral o la promoción de la conveniencia pública y la prosperidad general”[[91]](#footnote-91), entendiéndose que esta potestad se encuentra sujeta a la Constitución nacional y las constituciones federales y especialmente a los requerimientos del debido proceso. Pero en su primera acepción se refiere principalmente a la organización de la policía de seguridad, en el sentido que tiene en el lenguaje corriente, para el resguardo del orden público.

En la actualidad, se estudia la policía desde este último punto de vista y es el sentido en que desarrollan el tema autores franceses como Morand-Deviller, que en el rubro de policía administrativa la define como “actividad de servicio público, que tiene por objeto el mantenimiento del orden público, con las siguientes misiones: buen orden, tranquilidad, seguridad, salubridad publica”. Entre las actividades de policía administrativa manifestadas en actos normativos y actos administrativos sí incluye, por ejemplo, el requerimiento de la tala de árboles en terrenos particulares que amenazan la vía pública; pero principalmente se refiere a cuestiones directamente vinculadas a la policía del orden público, como estacionamiento de vehículos y control de las manifestaciones[[92]](#footnote-92). En este sentido restringido también Vedel manifiesta: “La policía administrativa general comprendía ciertamente en su objeto todo lo que designaba el artículo 97 del antiguo Código Municipal a propósito de los poderes del policía del alcalde; *seguridad, tranquilidad, salubridad.* No pareciera que el vocabulario del Código actual de las comunas…haya tenido por objeto modificar sustancialmente la antigua definición”. Termina definiendo en forma restringida la *policía administrativa general* como “el conjunto de actividades administrativas que tienen por objeto la expedición de reglas generales y de medidas individuales necesarias para el mantenimiento del orden público, es decir de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad”[[93]](#footnote-93).

El Derecho Administrativo inglés, más estrictamente, se contrae en forma exclusiva al estudio de las actividades, organización y competencias de la policía de seguridad y orden público. Wade & Forsyth, bajo el rubro “The police”, contemplan: las fuerzas de la policía local independiente; la autoridad de policía; las designaciones; el control central; estatuto legal y responsabilidad de los oficiales de policía; etc.[[94]](#footnote-94).

**Intervención administrativa en las actividades de los ciudadanos**

***Configuración del ejercicio de los derechos***

Resulta bastante matizada la distinción entre los deberes impuestos a los ciudadanos y las configuraciones legales de sus derechos, porque en efecto, toda imposición pública, incluyendo los tributos y las sanciones, resultan una restricción mayor o menor sobre la libertad personal de los ciudadanos y moldean de alguna manera sus derechos. A veces se ha intentado establecer una diferencia entre las restricciones al ejercicio de los derechos y delimitaciones de los derechos mismos, pero tampoco son suficientemente netas las diferencias entre unas y otras.

Por ejemplo, Parejo establece las distinciones entre diferentes “actividades” de la administración que contemplan obligaciones de los ciudadanos:

“Desde el punto de vista de su intensidad, la ordenación y, por tanto, la intervención o limitación administrativa puede adoptar legalmente grados muy diferentes: desde el simple deber de comunicación, inscripción o registro, pasando por la atribución a la Administración de una facultad de comprobación formal de la concurrencia de los requisitos legales pertinentes y de la imposición de deberes de dar o de hacer o no hacer, hasta las transferencias forzosas o las prestaciones (personales y reales) asimismo forzosas y las delimitaciones del contenido mismo de los derechos”[[95]](#footnote-95).

Esta clasificación enumera una serie de clases de obligaciones de los ciudadanos, y separa como una “ordenación” específica “las delimitaciones del contenido mismo de los derechos”.

Por su parte, Martín Mateo, opina que estas actividades restrictivas son “mejor comprendidas y susceptibles de mejor calificación” si se entiende la Administración como estableciendo “un orden intencional de convivencia”, garantizando “cuáles son los ámbitos dentro de los que pueden moverse las iniciativas privadas”, señalando las posibles “conductas de los particulares”. Para el efecto la Administración actúa

*(…) definiendo para ello derechos, como en el caso del urbanismo; limitando posibilidades de acción, como en la tasa de precios al fijar valores convencionales, caso también de las divisas o imponiendo obligaciones, como se hizo con los depósitos previos a la exportación* [[96]](#footnote-96)*.*

Pero la mayor parte de los autores contemporáneos se contraen a resaltar la nota de “limitación de derechos”: “técnicas de limitación de los derechos privados por razones de interés público”[[97]](#footnote-97), “actividad administrativa de limitación de derechos”[[98]](#footnote-98) o “las medidas traducidas en restricciones, limitaciones, prohibiciones y represiones, inclusive en penas corporales, como el arresto, o pecuniarias, como la multa” [[99]](#footnote-99).

Por eso, la sistematización del autor italiano Sandulli resulta suficientemente apropiada, al establecer, dentro de la “posición subjetiva” del ciudadano frente a la Administración, donde sus “derechos subjetivos” “se condicionan o limitan a favor del interés público”, que existen tres “posiciones” diferentes, de las cuales interesan las dos últimas: 1. “las obligaciones de prestación de actividades o de cosas” y 2. “los derechos condicionados a una intervención de los poderes públicos, entre los cuales se encuentra los actos administrativos (*provvedimenti*) de imposición de vínculos a la propiedad privada por razones de interés público[[100]](#footnote-100).

Este autor italiano ubica por ejemplo una categoría de “vínculo real sobre los bienes”, definido como “una restricción en la facultad de utilización o disposición de este”, por ejemplo, impidiendo la introducción de modificaciones en objetos materiales de interés histórico, artístico o ambiental, para evitar perjuicio a los intereses públicos, prohibiendo la transferencia o exportación de bienes culturales o la alteración de bienes ambientales, incluyendo en la clasificación los “vínculos” forestal e hidrográficos[[101]](#footnote-101).

En este punto, el problema y las discrepancias doctrinales radican en las denominaciones y distinciones entre las llamadas meras “restricciones” y las limitaciones al derecho de propiedad. Cabe señalar que todos los autores aceptan que las restricciones también pueden recaer sobre la propiedad.

Entonces ¿Cuál es la distinción entre “restricciones” y “limitaciones a la propiedad”? Según los clásicos argentinos, la diferencia es “meramente conceptual”, puesto que ambas figuras tienen prácticamente el mismo régimen jurídico.

La diferencia estriba, según Marienhoff en que:

(…) la “medida de policía” es de mayor amplitud o alcance posible que la “limitación a la propiedad privada en interés público”, pues la medida de policía no sólo puede referirse al ejercicio del derecho de “propiedad”, sino también al ejercicio de la “libertad” individual.

Aquí debe leerse “medida de policía” como “restricción” de los derechos subjetivos en general y “limitación” como referida más específicamente a la propiedad privada.

Díez, en cambio, identifica la “limitación” con la “medida de policía” en sentido clásico –propiamente seguridad, salubridad, tranquilidad– mientras que las “restricciones a la propiedad” tienen un alcance más amplio, como el urbanismo, el ornato:

*“(…) No obstante la obvia vinculación e interdependencia entre la restricción a la propiedad en interés público y a medida de policía de la propiedad, el caso mencionado no constituye propiamente una medida de policía sino una restricción por razones de interés público (…). Las restricciones pueden fundarse en varios casos. Las más importantes son por razones de urbanismo, ornato o estética, cultura, etc. Las limitaciones por razones de seguridad, de salubridad y de tranquilidad son, como dijimos, medidas de policía que no deben confundirse con las restricciones al dominio”* [[102]](#footnote-102)*.*

Algunos ejemplos pueden ilustrar el tema:

“(…) Entre las causas o motivos que pueden dar lugar a las expresadas restricciones corresponde mencionar los fundados en razones de seguridad, de higiene y salubridad, de moralidad, de urbanismo (ornato, estética, etc.), cultura, tranquilidad, etc. La doctrina advierte que las restricciones tienen numerosa aplicación y que aparecen en gran variedad de expresión de la vida práctica.

De los distintos supuestos o especies que concretan los expresados motivos o causas pueden mencionarse a título de ejemplo los siguientes:

(…)

e) Prohibición de producir ruidos que alteren la tranquilidad pública, sea que tales ruidos provengan de establecimientos industriales o comerciales o de automotores.

(…)

i) Ciertas normas reguladoras del uso y disposición de la propiedad: verbigracia normas acerca de loteos, de tala o corte de bosques (reposición de las especies), de explotación de ganado vacuno y lanar (construcción y uso de bañaderos).

(…)

k) Prohibición, aun cuando ello ocurra con motivo del ejercicio de una industria lícita, de producir olores nauseabundos o de provocar la formación de focos de infección que constituyan un peligro público”[[103]](#footnote-103).

Enumeración de restricciones

“De los distintos supuestos o especies que concretan los expresados “motivos” o “causas”, pueden mencionarse los siguientes a título de ejemplo:

(…)

e) Obligación de respetar, en las construcciones a realizar, la altura mínima o máxima establecida para los edificios en la zona o barrio de que se trate”[[104]](#footnote-104).

***Las limitaciones a la propiedad***

Los criterios contemporáneos superan las confusiones contempladas líneas arriba, en la constatación que se tratan en todo caso de *actividades de la Administración*, que establecen *gravamen* sobre los particulares, determinando restricciones en el ejercicio de sus derechos o en la sustancia de los mismos. Quizá más importante es distinguir lo que constituye precisamente gravamen y lo que es la “configuración” normal de los derechos, es decir los lineamientos generales y los límites que la legislación impone al goce de tales derechos. Para Dromi estas “restricciones” son “las condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad”:

*Están ínsitas en la existencia misma del dominio, nacen con él, son de su naturaleza y esencia. Implican una reducción de carácter absoluto del derecho de propiedad. La propiedad permanece incólume, pero las restricciones establecen para el mejor condicionamiento del ejercicio de su derecho dentro de la convivencia social y generalmente se identifican con el poder de poli-cía municipal.*

En ese sentido, traducen una mera tolerancia general que el propietario debe soportar; no existe un sacrificio especial o carga particular del propietario, es decir, que todos la sufren o pueden sufrir en igual medida e intensidad, por ser una calidad jurídica general de todas las propiedades, que implica, por sí misma, los límites regulares y comunes del ejercicio del derecho”[[105]](#footnote-105).

Mas apropiadamente se puede llamar a este conjunto de incidencias en la propiedad privada el “régimen administrativo de la propiedad privada”, según el criterio del administrativista español Garrido Falla. En este régimen incluye las situaciones siguientes:

*(…) las limitaciones policiales de la propiedad; asimismo, entran aquí los diversos supuestos de prestaciones obligatorias in natura a favor de la Administración; finalmente, éste es también el lugar en que deben ser estudiadas las servidumbres administrativas sobre bienes privados”* [[106]](#footnote-106)*.*

Es decir, bajo el indicado rubro de “régimen administrativo de la propiedad privada” cabe distinguir, según Giannini, no solamente la aplicación de la norma legislativa de regulación de los derechos de propiedad, sino también las órdenes (…) configurativas del derecho de propiedad”[[107]](#footnote-107). Este autor italiano, no obstante, considera que estos problemas no relevan propiamente del derecho administrativo, puesto que estos temas tienen “un perfil urbanístico muy preciso” –misma página de la cita.

Entonces, habría que distinguir situaciones anticipadas en la Constitución, de restricción de derechos, desarrollados o determinados por leyes, en forma general y generalizada, como por ejemplo la función social de la propiedad, que se plasma en ciertas disposiciones de la Ley de Desarrollo Agrario, para la propiedad rural; así como el control sobre talas forestales en propiedad privada, contemplado en la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Por otra parte, se encuentran las disposiciones que se fijan de manera general en ordenanzas municipales, sustentadas en una verdadera delegación legislativa, que permite a las municipalidades aplicar sus propias disposiciones en casos particulares, por medio de actos administrativos, como ordenar demolición de edificios que han irrespetado ciertas ordenanzas, no han obtenido el permiso de construcción o han sobrepasado la denominada línea de fábrica, por ejemplo.

***Habilitación, ampliación y concesión de derechos a los ciudadanos***

Tradicionalmente se estudian las figuras de la autorización, la licencia y el permiso dentro del capítulo de policía administrativa, aunque en principio podría parecer contradictorio que bajo un concepto de restricciones de derechos se consideren actos de habilitación, ampliación y concesión de derechos a los ciudadanos.

En este acápite, como en otros relativos a la antigua noción de policía administrativa, la práctica legislativa y reglamentaria desborda los encuadramientos doctrinales, como lo hace notar García de Enterría, como se verá más adelante.

La idea de la “autorización” es que levanta un impedimento impuesto para el ejercicio de un derecho muchas veces preexistente, es una ampliación de la esfera jurídica del ciudadano. Resulta un nivel de restricción menor que el de la prohibición absoluta. Son los derechos condicionados a los que alude Sandulli, cuyo condicionamiento “consiste en el hecho que su ejercicio está subordinado a un acto permisivo (de habilitación o de autorización) de parte de la autoridad administrativa[[108]](#footnote-108). El ciudadano puede tener el derecho, pero necesita de la autorización para poderlo ejercer. Por otra parte, cuando existe una prohibición preventiva para desarrollar una actividad, la Administración puede conceder el “permiso”, que conforma una excepción de la prohibición impuesta. Dice Cassagne que “en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular”[[109]](#footnote-109).

Las figuras de la “licencia” y la “concesión” tienen un perfil diferente que las de autorización y permiso. Cierto es que Garcia de Enterría intenta asimilar la concesión a la afectación de un derecho subjetivo –la expropiación– que pasa a manos del Estado, para que el Estado a su vez los transfiera a un concesionario, a través de:

*(…) la eliminación total de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional, (…)*

*(…) Aquí la libertad queda sustituida, (…), por una concesión administrativa otorgada desde arriba, que configura facultades, pero también el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine, concesión que es, además, resoluble en un plazo, o caducable o rescatable por la propia Administración* [[110]](#footnote-110)*.*

Pero no necesariamente la concesión tiene como antecedente un derecho de propiedad privada preexistente que se transfiere a la administración pública a través de la expropiación o de la llamada *publicatio,* es decir la reserva que establece la ley a favor de la Administración para que ésta desarrolle un dominio o actividad de servicio en forma exclusiva, sin perjuicio de su posible concesión a los particulares.

Lo que importa destacar en la concesión son los derechos que se crean a favor de un particular por la transferencia que le hace la Administración “de una atribución o poder que le pertenece *jure propio”* [[111]](#footnote-111). Esta transferencia puede realizarse a través de un acto administrativo, que establece la relación bilateral, o a través de un contrato.

El otorgamiento de la “licencia”, en cambio, es siempre unilateral y atribuye al licenciatario derechos que antes no ostentaba.

Este sencillo esquema doctrinal se desborda una vez que las legislaciones en los diferentes países, adoptan sin técnica jurídica los vocablos de autorización, permiso, concesión y licencia, para cuyo estudio se requiere analizar la figura de cada caso particular. Esto se agudiza desde el momento en que los esquemas autorizatorios dejan de pertenecer al simple y limitado campo de la “tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas” y entran a establecer las actividades particulares en regulación económica de mercado[[112]](#footnote-112).

La concesión también sufre transformaciones desde su original figura de transferencia a los particulares del dominio público y actividades de prestación de servicios esenciales al público, con el advenimiento de monopolios establecidos legalmente que no responden necesariamente a requerimientos de servicios esenciales al público, sino con frecuencia a producción de bienes para el mercado, con fines que pueden ser de acumulación de capital, de estímulo al crecimiento de zonas económicamente deprimidas o de objetivos puramente fiscales.

***La legislación y los actos administrativos de restricción y ampliación de derechos***

Todas las actividades de restricción de derechos o de gravamen a los ciudadanos, pero también aquellas de ampliación y habilitación, necesitan de leyes que establezcan la limitación o la prohibición respectiva y la expedición de actos administrativos que autoricen o habiliten a los ciudadanos para ampliación de sus derechos.

En el caso de la legislación, las normas legales tienen la característica de ser generales y abstractas y pueden establecer restricciones de derechos, limitaciones a la propiedad e incluso afectar aspectos que atañen a una de las características de la propiedad, como es lo “absoluta” de la misma. Muchos códigos civiles contemporáneos, incluyendo el ecuatoriano contemplan la llamada “servidumbre de sirga”, que a pesar de su nombre no es indemnizable –como sí lo son generalizadamente las servidumbres– y que no requiere de algún reglamento o acto administrativo para imponerse, sino que se aplica directamente.

El Código Civil ecuatoriano dispone:

Art. 876.- Los dueños de las riberas están obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, compren los efectos que libremente quieran vendérselos, y vendan a los ribereños los suyos; pero, sin permiso del respectivo ribereño y de la autoridad local, no podrán establecer ventas públicas. El propietario ribereño no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa.

Esta restricción al derecho de propiedad de los propietarios ribereños se encuentra dentro de la sección de “servidumbres” del Código Civil, no obstante lo cual suficientes autores no la incluyen entre las servidumbres administrativas propiamente dichas. En todo caso, la doctrina acepta que aunque se tratara de una servidumbre administrativa, aún así no sería indemnizable, a diferencia de la generalidad de las servidumbres administrativas. “(…) cuando la ley no habla de indemnización, ésta no puede pretenderse, pues nada induce a suponer lo contrario”[[113]](#footnote-113).

Otros casos necesitan que el Ejecutivo o la municipalidad reglamenten la restricción o limitación de los derechos, que pueden o no aplicarse directamente, aunque en la mayor parte de los casos la Administración Pública o la municipalidad aplica la normativa por medio de actos administrativos. La expedición de un acto administrativo es indispensable para establecer gravámenes o atribuir derechos o habilitaciones a los ciudadanos que afecten de manera individual sus situaciones particulares. Finalmente, siempre con la debida habilitación legal, la Administración puede atribuir derechos o establecer gravámenes y el particular aceptarlos a través de la figura del contrato o del acto administrativo unilateral, pero que resulta bilateral en sus efectos[[114]](#footnote-114).

**Las limitaciones y restricciones en los programas y la planificación en el Derecho del Urbanismo**

Además de las potestades de la Administración Pública para establecer restricciones o “vínculos” en determinados bienes, por razones culturales, históricas, ambientales, son generalmente las municipalidades las que dictan las ordenanzas correspondientes y las que imponen sus preceptos de limitación dentro de su ámbito propio.

El enfoque tradicional del Derecho del Urbanismo lo ubica en el ámbito de la limitación de derechos, considerada desde el punto de vista del contenido normal del derecho, “definiendo el ámbito de lo lícito y recortando los poderes jurídicos del titular cuyo derecho no se reputa ya preexistente” [[115]](#footnote-115). Se citan los ejemplos de la prohibición de edificar más allá de cierta altura o de construir para usos no incluidos en la zonificación respectiva. Pero estos son aspectos que no diferencian las disposiciones del Derecho del Urbanismo de otras normas constitutivas de la limitación de derechos. El Derecho del Urbanismo contemporáneo ostenta características que lo diferencian significativamente de otras actividades de la “policía administrativa” de la Administración Pública.

En la actualidad,

*El Derecho del Urbanismo se define como el conjunto de reglas concernientes a la afectación y manejo del espacio. Se considera una rama del Derecho Público en cuanto prescribe restricciones de interés general que tienen características similares a las denominadas de policía administrativa. Este derecho encuentra su legitimidad en la consideración simultánea de las nociones de servicio público y de potestad pública. Pero la finalidad de prestación y de servicio prestado a los usuarios consumidores de espacio todavía es imprecisa, mientras que aquella de prerrogativas restrictivas impuestas a los intereses privados en el interés de la comunidad resulta más evidente* [[116]](#footnote-116)*.*

Las limitaciones en el contenido y ejercicio del derecho de propiedad impuestas por el Derecho del Urbanismo tienen sus contactos con aquellas de la policía administrativa, pero se caracteriza por sus técnicas propias de restricciones y limitaciones de la propiedad individual a través de los planes reguladores, los planes urbanos y zonificaciones, incluyendo estándares obligatorios para las construcciones y sus relaciones de vecindad con el espacio público, como veredas, retiros, líneas de fábrica, etc. Sus regulaciones se orientan principalmente al beneficio comunitario, la calidad de vida y el medio ambiente urbano. No se limita a vigilar los peligros relacionados con la construcción y destrucción de inmuebles. Todas las directivas municipales relacionadas con estas limitaciones y facultades de planeamientos de usos de suelo y zonificaciones, son sin duda, restricciones al dominio, como afirma Díez[[117]](#footnote-117). Pero, según García de Enterría, no son “un sistema de limitaciones administrativas del tipo tradicional”, sino que constituyen “un verdadero sistema de *delimitación* o definición del contenido normal y ordinario de tales derechos, realizada libremente por la Administración desde la estimación por ella del modelo urbano que el Plan realiza por razones de puro interés colectivo”. La legislación española afirma que la ordenación contenida en los planes, en forma genérica, “no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización”[[118]](#footnote-118).

Las limitaciones del derecho de propiedad urbano han acentuado la potestad municipal en la doctrina italiana, donde originalmente la construcción de edificaciones requería de “autorizaciones permisivas”, en el sentido de autorización considerado líneas arriba, es decir la constatación de un derecho preexistente del ciudadano, denominada “licencia de construcción”, es decir un derecho de construir que se considera implícito en el derecho de propiedad. En los principales países de Europa, dice Giannini, el derecho de propiedad no necesariamente incluye el llamado *ius aedificandi* hasta el punto que recién nace con el otorgamiento de la licencia[[119]](#footnote-119).

Pero lo más interesante en el presente esquema del Derecho del Urbanismo es el instrumento de que se vale: a diferencia de las “normas generales y abstractas” de la policía administrativa que se manifiestan en actos administrativos, el Derecho del Urbanismo sustenta sus órdenes en los planes reguladores y planes urbanos, conforme la disposición constitucional respectiva, que le confiere el carácter de legislación material aplicable a casos de una generalidad de propiedades dentro del ámbito de una zonificación, con potestades sancionatorias, llegando inclusive a la posibilidad de disponer el derrocamiento de construcciones.

Parejo también explica los alcances de la planificación municipal de establecer mandatos y prohibiciones relativos al uso del suelo, edificaciones: “(…) cuando las normas reglamentarias se establecen en el contexto de la forma de actividad consistente en la planificación, van más allá, incluso, de la mera limitación de libertades y derechos y alcanzan una incidencia mucho mayor: la delimitación misma del contenido de los derechos por simple norma reglamentaria (bajo la forma de plan), es posible cuando las pertinentes reservas de Ley aparecen establecidas por la Constitución con carácter relativo, permitiendo así la llamada a la colaboración por aquélla del Reglamento (…). Ejemplos significativos en nuestro Derecho son los planes urbanísticos (…) y los planes de ordenación de los recursos naturales y los rectores de uso y gestión de los espacios protegidos, (…)”[[120]](#footnote-120).

**La indemnizabilidad en las restricciones y en las servidumbres administrativas**

La doctrina tradicional administrativa, que se ha revisado en el presente apartado, abarca en el capítulo de la policía administrativa tanto las restricciones y limitaciones de la propiedad, como otras afectaciones al dominio privado como la “ocupación temporánea”, la imposición de la servidumbre administrativa, el comiso, la confiscación, hasta llegar a la expropiación misma. De manera unánime la doctrina administrativa tanto de Europa como de América Latina enseña que solamente las figuras de la servidumbre administrativa y la expropiación dan derecho a la indemnización. Mientras que la precisa característica de las restricciones y limitaciones al derecho de propiedad es que no afectan el derecho de dominio sino que constituyen características propias de configuración de ese derecho y por lo tanto no son susceptibles de indemnización.

Bielsa manifiesta a este respecto:

*(…) las meras restricciones no dan lugar a un derecho de indemnización, ya que ellas son simplemente una carga general impuesta a todas las propiedades y no desintegran ese derecho de dominio que subsume todos los derechos reales (…). Se trata de una condición inherente al derecho de propiedad, cuyo contenido normal se limita por las leyes.*

*(…)*

*La servidumbre pública (derecho real) determina una excepción para el goce exclusivo del propietario sobre el objeto de su propiedad diferencial. La servidumbre crea entonces un beneficio o utilidad para la comunidad representada en la entidad pública administrativa que establece o constituye la servidumbre, y para el propietario un derecho de ser indemnizado* [[121]](#footnote-121)*.*

Distinto es el caso de daños causados por la actividad administrativa en la propiedad privada, que entonces está sujeta a las reglas corrientes de la responsabilidad extracontractual del Estado, contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política del Ecuador. A diferencia de estos casos, en general la servidumbre administrativa da derecho a la indemnización, aunque no exista daño causado[[122]](#footnote-122).

Como se adelantó líneas arriba en este tema de la no indemnizabilidad de las restricciones y limitaciones, García de Enterría coincide con la mayoría de los autores:

*Una nota común a todas las limitaciones es su no indemnizabilidad. Ello cobra especial relieve a propósito de las limitaciones a la propiedad y a los derechos patrimoniales, porque esta nota las separa, según nuestro Derecho de las expropiaciones, que suponen incidencias administrativas sobre el patrimonio que deben ser indemnizadas* [[123]](#footnote-123)*.*

Por eso, en la actualidad, se puede afirmar que una de las características de la conceptualización de las “restricciones administrativas” es su no indemnizabilidad. “Los perjuicios que se sigan del mero hecho normal de imponer y hacer efectiva la restricción no son indemnizables”[[124]](#footnote-124). Esto se explica porque estas restricciones no se consideran que impliquen sacrificio alguno para los ciudadanos, por tratarse de una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad[[125]](#footnote-125). Dromi enumera entre los caracteres jurídicos de las restricciones que son: generales, constantes y actuales; obligatorias; variadas e ilimitadas; *inimdemnizables*; imprescriptibles; indeterminadas; y, ejecutorias” (énfasis añadido)[[126]](#footnote-126).

Esta no indemnizabilidad de las restricciones y limitaciones administrativas al derecho de propiedad, se extiende a las servidumbres establecidas en el Derecho del Urbanismo. Morand-Deviller, establece la diferencia entre “las servidumbres de utilidad pública, de aplicación nacional y otras servidumbres, llamadas de urbanismo” que tienen su antecedente en los planes municipales de los usos de suelo. Concluye sobre la principal diferencia: “Las servidumbres de utilidad pública pueden dar lugar a indemnización contrariamente a las servidumbres de urbanismo, que (según la ley) no dan lugar a ninguna indemnización”[[127]](#footnote-127).

**Las servidumbres administrativas**

***La servidumbre del derecho civil y la servidumbre administrativa***

Marienhoff hace notar la “obvia afinidad sustancial de la servidumbre administrativa con la servidumbre de derecho privado o civil”[[128]](#footnote-128). Las servidumbres administrativas siempre han sido reconocidas por el derecho civil. El Código Civil ecuatoriano, sobre el tema, dispone:

Art. 871.- Las disposiciones de este Título se entenderán sin perjuicio de las ordenanzas generales o locales sobre las servidumbres.

(…)

Art. 875.- Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote;

Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos.

En su monografía sobre las servidumbres civiles, Roca Juan afirma que las servidumbres administrativas “(…) pueden calificarse de verdaderas y propias servidumbres, consideradas éstas en un sentido técnico como situaciones jurídicas de poder concreto sobre cosa ajena (…). En el Código Civil se incluyen también simples limitaciones del dominio, meras delimitaciones de su contenido que no tienen el rango de derecho real, característica de las verdaderas y propias servidumbres”[[129]](#footnote-129).

**Definición de servidumbres administrativas**

Marienhoff define:

“Ha de entenderse por servidumbre administrativa, o pública, el derecho real administrativo constituido por el Estado (“lato sensu”) sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen”[[130]](#footnote-130).

Para Díez, la servidumbre administrativa es una obligación real establecida sobre un bien ajeno por razón de utilidad pública”[[131]](#footnote-131).

**Predio sirviente y predio dominante**

Para entrar en las diferencias entre las servidumbres civiles y las servidumbres administrativas, cabe recordar que esta última no necesariamente cuenta con un predio dominante y un predio sirviente, como es el caso en las servidumbres civiles. La doctrina manifiesta que a falta de predio dominante, la servidumbre administrativa se constituye en beneficio de la comunidad entera, a diferencia de la civil, que favorece al predio dominante. En la servidumbre administrativa ni siquiera existe un uso público del predio sirviente por parte de la comunidad, dice Garrido Falla[[132]](#footnote-132). Los autores concuerdan en que la noción del predio dominante no es un elemento en el concepto de servidumbre administrativa[[133]](#footnote-133).

**Requerimiento de ley habilitante**

Al igual que la servidumbre del derecho civil, la constitución de la servidumbre necesariamente debe tener su sustento en la ley. La ley suele también determinar que los concesionarios de servicios públicos también pueden constituir servidumbres administrativas, como es el caso de las servidumbres administrativas visualizadas en la Ley de Hidrocarburos, a favor de los concesionarios del servicio público de transporte de hidrocarburos.

También hay otras servidumbres establecidas en las leyes a favor de concesionarios, como la servidumbre minera, constituida en la Ley de Minería y en la Ley de Desarrollo Agrario o la servidumbre contemplada en la Ley de Electrificación.

**Indemnización previa**

A diferencia de las restricciones administrativas y las limitaciones administrativas a la propiedad, que no son indemnizables, un requisito de la servidumbre administrativa es la previa indemnización, lo que es reconocido porque afecta el goce de la plenitud del predio sirviente.

Se ha visto, sin embargo, que la llamada “servidumbre de sirga” determinada en el artículo 876 del Código Civil no contempla una indemnización al propietario ribereño, aunque algunos autores le niegan el carácter de verdadera servidumbre. Asimismo, Morand-Deviller estima que no cabe indemnización sobre la servidumbre del urbanismo, lo que ocurre también en la legislación municipal ecuatoriano, donde los propietarios de un terreno urbanizable necesitan ceder áreas para el desarrollo comunitario en orden a obtener el permiso respectivo, sin derecho a indemnización.

**Diferencia de la restricción con la servidumbre administrativa**

Finalmente, cabe recordar la diferencia fundamental de la restricción y la limitación administrativa con la servidumbre administrativa. La restricción administrativa constituye una condición o una configuración del ejercicio normal del derecho de propiedad, una característica que es parte de su esencia jurídica, por lo que no se considera que afecte o cause perjuicios en los propietarios ni tampoco que establezca derechos a favor de otros ciudadanos, mientras que la servidumbre afecta el derecho de propiedad misma en una de sus principales características que es la “exclusividad” del dominio, menoscabando su ejercicio y disminuyendo su valor, por lo que el real sacrificio patrimonial que experimenta el propietario, exige el pago de una indemnización.

**XIX. La ExpropiaciÓn**

**Antecedentes**

“Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, a nadie puede privarse de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización”.

Esta norma de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la Revolución Francesa, resulta una consecuencia de lo expresado en el artículo 2 de la misma Declaración, que enumera los derechos: “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

El citado artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagra un principio ya desarrollado en la normativa jurídica histórica. Según Morand-Deviller en el Derecho Romano se manifestaba la necesidad de obligar a los particulares a la cesión forzada de sus bienes; que procedía cuando se revelaba imposible el arreglo amigable y lo exigía el bien público común[[134]](#footnote-134); aunque se remonta a Grecia en la historia de esta figura jurídica. Cita una ordenanza real francesa de 1338, sobre la expropiación y la indemnización correspondiente.

En el *Antiguo Régimen* francés se distingue entre el “dominio eminente” y el “dominio útil”. Mientras el dominio útil corresponde a los particulares, en cambio el dominio eminente se aplica a todos los bienes del Reino, concepto jurídico basado en la idea de una comunidad original de bienes que ejerce el soberano[[135]](#footnote-135).

El enfoque anglosajón conserva el marco de la doctrina generalizada del *dominium eminens* vigente en Europa antes de la revolución francesa. La Constitución estadounidense reconoce las garantías de la compensación y de la finalidad pública, pero en Inglaterra, “el Parlamento… puede, cuando así lo desea, expropiar sin compensación y en violación de los derechos legales vigentes, de una manera que no se permite en otros países que disfrutan de una Constitución escrita y de una declaratoria de derechos”[[136]](#footnote-136).

**Normativa jurídica sobre la expropiación en el Ecuador**

Todas las legislaciones cuentan con un cuerpo normativo o normas específicas para los diferentes casos que contemplan la potestad del Estado de expropiar bienes de los particulares, previo el pago de la justa compensación.

El artículo 62 de la primera Constitución ecuatoriana disponía que “[n]adie puede ser privado de su propiedad (…) sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón”[[137]](#footnote-137).

La Constitución vigente estatuye:

Art. 32.- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley.

(…)

Art. 33.- Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

El texto constitucional vigente, que se viene de citar, se refiere exclusivamente a la potestad del Estado de “expropiar”, donde antes dijo “nacionalizar o expropiar”, que tiene los efectos que se discutirán más adelante.

El Código Civil de Bello regula la extinción del contrato de arriendo “[e]n el caso de expropiación por causa de utilidad pública” (Art. 1960 –actual 1901 del Código Civil ecuatoriano).

El Código Civil ecuatoriano añade reglas determinadas para el caso de expropiación del “patrimonio familiar”[[138]](#footnote-138).

La principal normativa legal vigente sobre la expropiación en el Ecuador se encuentra en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Contratación Pública. Las más amplias y sistemáticas expropiaciones en el Ecuador se llevaron a cabo en aplicación de la derogada Ley de Reforma Agraria. La vigente Ley de Desarrollo Agrario todavía contempla las expropiaciones de tierras agrarias pero bajo un régimen más acorde a los criterios universales del pago previo de la justa indemnización. En el área urbana rige la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con amplias potestades expropiatorias, incluyendo determinadas expropiaciones urbanísticas no indemnizables y otras de tipo sancionatorio.

Para determinados recursos naturales y para servicios públicos diversos se contempla la figura de la expropiación en: la Ley de Aguas, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, la Ley de Caminos, la Ley de Patrimonio Cultural, la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

No existe una habilitación genérica de las instituciones públicas para expropiar, potestad que necesariamente debe constar asignada en forma expresa a la institución respectiva en una ley, sin que el órgano público pueda proceder a una expropiación sin esa atribución expresa, que no puede suplirse con una normativa reglamentaria.

**El concepto de expropiación**

Dromi define la expropiación como

“(…) el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”[[139]](#footnote-139).

García y Fernández califican la expropiación como “sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados”[[140]](#footnote-140).

La expropiación se condiciona a “un sistema de garantías”: “necesidad pública evidente (…); constatación por la Ley de ese caso límite; indemnización, que además de ser justa en su cuantía, ha de ser hecha efectiva precisamente de manera previa, como condición misma del desapoderamiento”[[141]](#footnote-141).

Se ha discutido si la expropiación, que es institución de derecho público, no tendría también algún elemento de derecho privado. En el Ecuador se podría sustentar tal criterio en el hecho que la discusión sobre el monto de la indemnización o del precio a pagar tiene determinado un trámite en el Código de Procedimiento Civil, en un “juicio de expropiación” ante el Juez de lo civil[[142]](#footnote-142).

En cambio, cuando las partes llegan a un acuerdo se produce “el caso del denominado avenimiento o cesión amistosa”, donde el “precio (…) por tener base convencional, resulta sometido al régimen aplicable a los contratos”[[143]](#footnote-143).

Por otra parte, la declaratoria misma de la expropiación es un acto administrativo resultante del cumplimiento de una serie de actos interlocutorios de la institución expropiante y, en su caso, de otros órganos públicos, lo que indudablemente pertenece al Derecho Público. El acto administrativo de la expropiación es impugnable, como todos los actos administrativos, en la jurisdicción contencioso-administrativa.

La institución expropiatoria se distingue de las limitaciones y delimitaciones de los derechos, que son de índole general, que afectan los derechos del conglomerado de los ciudadanos o de un grupo determinable de los mismos, régimen restrictivo que “comporta una delimitación abstracta del contorno del derecho, que grava por igual a todos los titulares concretos”[[144]](#footnote-144), mientras que la expropiación es un “fenómeno singular y concreto”, al decir de García de Enterría[[145]](#footnote-145). Pero hay que aceptar, como este autor, que “(…) la distinción singular-general (…) esa distinción falla como criterio técnico absoluto de aplicación… -refiriéndose a- lo que los autores alemanes llaman “expropiaciones de grupo”[[146]](#footnote-146).

Asimismo, no toda delimitación y limitación de derechos debe afectar necesariamente a toda la población de un país, puesto que también se aplica a todos los ciudadanos que se encuentran en determinada situación o incluso en determinada área geográfica. El más fácil de los ejemplos es la prohibición de construir por encima de cierta altura dentro del llamado “cono de aproximación” de las aeronaves al aeropuerto. En el Derecho público francés se pueden citar las restricciones de todos los propietarios aledaños a las zonas marítimas, playas y tierras adyacentes. En el Ecuador, se encuentran restricciones determinadas dentro de “la franja de seguridad alrededor de terminales y estaciones de bombeo y reductoras de presión”, prohibiendo que “se ejecute cualesquier tipo de acciones, obras, edificaciones, cultivos y demás actividades que afecten o pudiesen afectar la construcción y operación del oleoducto de crudos pesados”, lo que tiene características y efectos diferentes que las expropiaciones y servidumbres que se contemplan en esta misma obra de la construcción y operación del oleoducto de crudos pesados. Por supuesto que las municipalidades también tienen plenas potestades para determinar este tipo de restricciones, limitaciones y delimitaciones que, por su naturaleza, no son indemnizables.

**La nacionalización**

Como se anotó líneas arriba, el texto constitucional vigente solamente autoriza al Estado para expropiar los “bienes” de los particulares, cuando la redacción anterior autorizaba “nacionalizar o expropiar” los “bienes, derechos y actividades”.

La principal diferencia entre la expropiación y la nacionalización es que esta última no comprende bienes individualizados sino conjuntos generales de bienes o de actividades particulares. Así, se ha podido hablar de la nacionalización de la Banca, o de la industria del acero. Estas nacionalizaciones comprenden tanto bienes muebles e inmuebles, cuanto el derecho de desempeñar en monopolio estatal las actividades nacionalizadas. En el rubro de Servicios Públicos se estudia que la calidad de “servicio público” se adquiere a través de la llamada *publicatio*; es decir una declaratoria constitucional o legal donde se reservan las actividades determinadas como servicio público, para ser desempeñadas exclusivamente por el Estado, sin perjuicio de su posible delegación a los particulares, pero siempre en condiciones fijadas por el mismo Estado y sometido a la *regulación* correspondiente.

La expedición de la Ley de Aguas, durante una dictadura militar en los años setenta en Ecuador, en efecto nacionalizó determinadas aguas o, más bien, cursos de aguas, que antes eran privados, sin reconocer pago alguno de indemnización.

Obviamente que para una declaratoria *legal* de nacionalización se requiere una previa habilitación constitucional. En el Ecuador, esta habilitación, que constaba anteriormente en el texto constitucional, no se encuentra en la codificación vigente. Así, se estima que en Ecuador, no cabría una declaratoria de *nacionalización* de bienes o de actividades, sin una reforma previa de la Ley Suprema.

Este rubro de la nacionalización se verá con más detenimiento en otro apartado.

**La expropiación no se conceptúa como un perjuicio de los órganos públicos a los particulares. Diferencia entre expropiación y responsabilidad civil de la Administración**

Si bien es cierto que la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de Ecuador[[147]](#footnote-147) se remite al Código Civil para el pago de la expropiación, esta identificación del pago del justo precio con la indemnización de daños es rechazada por la doctrina. Pero se debe interpretar que las reglas aplicables del derecho común sobre indemnizaciones se aplican más bien a los “reasentamientos de los propietarios de los predios afectados” que contempla[[148]](#footnote-148), en cuyo caso se entiende que estas compensaciones por reasentamiento serían adicionales al pago del justo precio de la expropiación. También cabría señalar que en la actualidad un juicio de tal naturaleza tendría que ventilarse en la jurisdicción contencioso-administrativa y no en la jurisdicción civil.

La doctrina del Derecho Público establece la responsabilidad del Estado por daños causados, no solamente por los funcionarios y empleados públicos, sino también “por la prestación de los servicios públicos”; así como “por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24”[[149]](#footnote-149) de la Constitución, que se refiere a los derechos fundamentales; aunque esta afectación provenga del ejercicio legítimo de las potestades del Estado.

Comadira, apoyándose en la autoridad de Marienhoff considera que:

*(…) en la órbita del derecho público existe un instituto específico que se ocupa de proteger a la propiedad contra actos estatales lícitos que causen perjuicio a tal Derecho. Ese instituto es la expropiación, y su concepto “comprende todo ataque legítimo al derecho de propiedad”.*

Cita a Marienhoff, que opina que la extensión del principio expropiatorio a otros supuestos de responsabilidad del Estado por actos lícitos “puede llamarse ‘*fuerza expansiva de la noción jurídica de expropiación’”* [[150]](#footnote-150)*.*

Pero existen ciertas diferencias entre las instituciones expropiatorias e indemnizatorias: el supuesto de la expropiación no es exactamente el mismo que el de los daños causados a los ciudadanos, aunque sea por actos lícitos del Estado, puesto que, en palabras de García de Enterría, “el acto causante de responsabilidad no se dirige directamente a causar el despojo (si así fuese, sería una “vía de hecho” expropiatoria) sino a otros efectos e incidentalmente ocasiona un perjuicio”. Esta diferencia resulta fundamental para distinguir la indemnización del *daño*, por una parte; del pago del *precio* en la expropiación, por otra; lo que enfatiza el autor que se viene de citar. En la expropiación existe una “carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo (regla del ‘previo pago’)”, mientras que en la indemnización del daño, el pago de la indemnización se realiza necesariamente con posterioridad al hecho indemnizatorio[[151]](#footnote-151).

**La utilidad pública e interés social como fines legales de la expropiación**

***La utilidad pública***

De forma genérica se alude en la expropiación a las causales “de utilidad pública” o de “interés social”. La noción original de la expropiación se vincula con la obra pública y, posteriormente, con el funcionamiento del servicio público; de ahí la denominación “de utilidad pública”. Pero debe recordarse que la noción de servicio público se vincula originalmente de una manera inseparable del dominio público. Así, la utilidad pública se encuentra estrechamente vinculada con estos tres conceptos jurídicos de “obra pública”, “servicio público” y “dominio público” y, en consecuencia, también a la prestación de tales servicios y la ejecución de tales obras por delegación a particulares, concesionarios de obras o de servicios. En todos estos casos, como lo señala García de Enterría esto limitaba la expropiación a los bienes inmuebles, mientras que “los muebles, ordinariamente genéricos, si no fungibles, podían adquirirse por los medios ordinarios de la contratación”[[152]](#footnote-152).

***El interés social***

Posteriormente se conciben finalidades adicionales para la expropiación, incluyendo aspectos socio-económicos y políticos, que amplían su ámbito también al “interés social”, como son las expropiaciones de la reforma agraria, las soluciones de vivienda, el desarrollo urbano e incluso la conservación del medio ambiente y el desarrollo sustentable, tal como consta en el texto constitucional:

Art. 32.- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley.

El Estado estimulará los programas de vivienda de interés social.

Asimismo, la habilitación constitucional genérica para la expropiación se refiere a “fines de orden social determinados en la ley”[[153]](#footnote-153).

En todo caso, las distinciones entre “utilidad pública” e “interés social” se refieren a la finalidad de la expropiación, que resulta de superlativa importancia en esta institución, para efectos del control de su cumplimiento y del consiguiente derecho del expropiado para solicitar la “retrocesión” en caso de que la finalidad expresada no se cumpla por parte del Estado dentro de un plazo prudencial.

Así también, la declaratoria de utilidad pública o de utilidad social debe expresar el fin de la expropiación. En las expropiaciones municipales, además de la declaratoria se deberá expresar el “fin a que haya de aplicarse el objeto expropiado”[[154]](#footnote-154).

Pero, en cambio, los procedimientos expropiatorios no son distintos para uno u otro caso, sea de “utilidad pública”, sea de “interés social”, aplicándose en todas las situaciones los mismos procedimientos.

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico del Ecuador atribuye al CONELEC potestades expropiatorias, para “[d]eclarar de utilidad pública o de interés social” la expropiación de *inmuebles* “para los fines del desarrollo del sector eléctrico, en los casos estrictamente necesarios y para la ejecución de obras directamente vinculadas con la prestación de servicios”[[155]](#footnote-155).

(…)

o) Constituir servidumbres necesarias para la construcción y operación de obras en el sector eléctrico;

p) Declarar de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley y proceder a la expropiación de los inmuebles que se requiera para los fines del desarrollo del sector eléctrico, en los casos estrictamente necesarios y para la ejecución de obras directamente vinculadas con la prestación de servicios.

En todos los casos, determinará para estos efectos las medidas necesaria para el reasentamiento de los propietarios de los pre-dios afectados o compensaciones, según lo determine el Código Civil ecuatoriano”.

Asimismo en Ecuador, la Ley de Hidrocarburos “declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases”, por lo cual “procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria”[[156]](#footnote-156).

La normativa municipal ecuatoriana delimita la causa de interés social a unos pocos supuestos adicionales a la legislación expresa, que abarcan requerimientos urbanísticos, incluyendo transformaciones de edificaciones, basándose en una norma legal o de “los planes reguladores de desarrollo urbano y determinación de las zonas urbanas de promoción inmediata” e incumplimientos del propietario, entre otras[[157]](#footnote-157).

***Expropiaciones sancionatorias***

En fin, cabe referirse a las expropiaciones sancionatorias, como las que tienen como causal las malas prácticas ambientales o el abandono de las tierras en la legislación agraria. En la legislación municipal se consideran expropiables los terrenos urbanizables y lotizables y aquellos ubicados en zonas urbanizadas “en los cuales los propietarios pueden y deben construir”, donde no se haya levantado una construcción por más de cinco años o las edificaciones “consideradas obsoletas”. En estos casos el ente expropiante también puede ser el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda[[158]](#footnote-158). En tales situaciones, se determinan sistemas de pagos en partes en efectivo y en bonos a plazo, a diferencia de la regla general que exige los pagos previos y de contado[[159]](#footnote-159). Aparte de esta excepción a la regla general, que consta en una ley orgánica, los pagos de las expropiaciones se deben hacer de contado y no procede el pago con bonos del Estado[[160]](#footnote-160).

Existe jurisprudencia constitucional que declara improcedente la expropiación de tierras para finalidades diferentes que la vocación de las mismas[[161]](#footnote-161).

La jurisprudencia administrativa ha resuelto la insubsistencia una declaratoria de utilidad pública donde era evidente la carencia de tal finalidad, manifestando que la misma no procede cuando se dicta “por el simple arbitrio, interés económico o liberalidad”[[162]](#footnote-162).

**Objeto de la expropiación**

***Expropiación de muebles, inmuebles y derechos***

Las opciones mencionadas de expropiación con fines de utilidad pública limitan la expropiación a bienes inmuebles, pero “[h]oy se consideran expropiables toda clase de bienes y derechos, con excepción de aquellos de índole personal”[[163]](#footnote-163). Así, no son expropiables los derechos fundamentales -aparte de la propiedad- contemplados en la Constitución y en general los derechos personales considerados como intransferibles. García de Enterría y Fernández citan la Ley de Expropiación Forzosa española que “especifica que pueden ser objeto de la potestad expropiatoria ‘la propiedad privada (…) derechos e intereses patrimoniales legítimos’”[[164]](#footnote-164).

La Ley de Patrimonio Cultural del Ecuador autoriza “[l]la expropiación de bienes muebles o inmuebles de valor artístico, histórico o arqueológico”[[165]](#footnote-165).

Todavía hoy la obra pública se considera pertenecer al dominio público del Estado[[166]](#footnote-166). En cambio, el servicio público se manifiesta principalmente como “actividad” antes que como una utilización dominical, como se concibió originalmente. No obstante, buena parte de los servicios públicos y las concesiones actuales todavía tienen un sustento material y operativo en el dominio público, como por ejemplo, el espectro electro-magnético, las aguas, los minerales, “los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo”; aunque el aprovechamiento de los hidrocarburos en el Ecuador contempla en la actualidad una variedad de figuras contractuales que no encajan precisamente en la figura de la concesión, sin embargo de encontrarse fuertemente regulados.

Quedarían fuera de la posibilidad de expropiación derechos como “de la personalidad, (…) a la vida, al honor, a profesar un culto, a la libertad y al nombre de las persona”, dice Cassagne; porque su expropiación, es decir su privación violaría “el principio de la dignidad de la persona humana”, “cuya cobertura constitucional se configura con la regla de no negar los derechos y garantías no enumerados”[[167]](#footnote-167).

***Expropiación de bienes del dominio público del Estado***

Se discute también la posibilidad de expropiación de bienes del dominio público. En principio, por calificarse tales bienes como “inalienables”, se podría descartar la expropiación de este tipo de bienes. García Feraud, por ejemplo, recuerda que, en el Ecuador, “el Art. 33 de la Constitución sólo admite la posibilidad de expropiación de los bienes que pertenezcan al sector privado”[[168]](#footnote-168) –donde antes el texto constitucional dijo: “(…) el sector público, (…) podrá expropiar (…) los bienes que pertenezcan a los otros sectores”.

En la legislación ecuatoriana “la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos”[[169]](#footnote-169) y su trámite está determinado en el Reglamento de la Ley de Contratación Pública.

Sin embargo, se suscita en doctrina la cuestión de la expropiación por parte de la municipalidad de bienes del dominio público del Estado o, al contrario, de la expropiación por parte del Estado de bienes del dominio público municipal[[170]](#footnote-170).

También se ha sostenido que el dominio público, por su característica de inalienabilidad no sería expropiable, sin embargo de lo cual, una vez “desafectado” por el órgano competente y declarado como perteneciente al dominio privado del Estado, procedería la expropiación[[171]](#footnote-171). Habría una interpretación en el sentido que la expropiación de bienes privados del Estado, las entidades públicas o las entidades del régimen seccional autónomo, según el caso, sería factible también en el Ecuador, aunque el texto constitucional alude a “bienes del sector privado” y no a “bienes del dominio privado”.

De todas maneras, la noción de que el Estado o sus instituciones no pueden expropiar bienes del mismo Estado o de otras instituciones públicas no es tan obvia como parece a primera vista.

En efecto, en la actualidad, la doctrina jurídica de la expropiación, mantiene precisamente la posición contraria, es decir que: es posible que el Estado o sus instituciones puedan expropiar otros bienes del sector público.

Así, Rodríguez manifiesta:

*(...) Desde luego, hoy todos admiten que los bienes patrimoniales de los entes públicos, incluso el Estado, deben estar sujetos a la expropiación forzosa.*

*(...) Cada día se acentúan más las diferencias entre expropiante y beneficiario de la expropiación.*

*(...) Consigna la Ley de 17 de julio de 1945 que las fundaciones, patronatos, asociaciones y entidades en general, que, conforme a sus constituciones o reglamentos, cumplan fines de carácter benéfico, docente o cultural, podrán obtener la declaración de utilidad pública a favor de las obras que realicen con cargo a sus fondos para la instalación, ampliación o mejora de los servicios propios de su finalidad, a los efectos de la expropiación forzosa de los inmuebles para ello necesario y sujetándose a lo dispuesto en la presente Ley, siempre que con las obras proyectadas no se persiga la obtención de lucro y queden a salvo los planos de ordenación urbana del municipio afectado*[[172]](#footnote-172).

Por su parte, Dromi es igualmente categórico sobre este punto cuando comenta la legislación argentina sobre expropiación:

*(...) En ese sentido el artículo 4º de la L. E. (Ley de Expropiación) dice: “pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o privado, sean cosas o no”.*

*(…)*

*(...) La L. E. establece que la acción expropiatoria podrá promoverse contra cualquier clases de personas de carácter público o privado (Art. 3º).*

*No existe impedimento para que el sujeto expropiado pueda ser también una persona pública estatal.*

*(...) Pero puede ocurrir que el Estado o alguno de sus entes jurídicos menores (entidades autárquicas, empresas del Estado, etc.) no acudan a la expropiación con la finalidad de retener el bien en sus patrimonios, sino a fin de transferirlo a otra persona. En este caso, el sujeto activo no expropia para sí, sino para terceros, generalmente particulares* [[173]](#footnote-173)*.*

**Los sujetos de la expropiación**

***Sujeto activo de la expropiación***

El Estado tiene la potestad expropiatoria, para sí o para otra entidad de derecho público o incluso a favor de una entidad de derecho privado, aunque el texto constitucional no lo disponga expresamente. En todo caso, deben ser asignados expresamente en una ley: 1) el carácter de “utilidad pública” o de “interés social” (declaratoria genérica); 2) la atribución de expropiar; 3) la competencia para la declaratoria. La declaratoria para el caso concreto (declaratoria específica), la expide el órgano competente mediante acto administrativo.

En la Ley de Hidrocarburos, por ejemplo, “[s]e declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases” (declaratoria genérica). En consecuencia, se expresa: “procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria[[174]](#footnote-174)”.

La misma Ley de Hidrocarburos autoriza al Ministerio del ramo para expedir la declaratoria de expropiación a favor de PETROECUADOR de “terrenos u otros bienes inmuebles” (declaratoria específica). La petición para que el Ministerio proceda a la expropiación puede venir de “una empresa contratista” o de PETROECUADOR. La finalidad es:

*que… (PETROECUADOR) ceda su uso a la empresa interesada (…) para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera* [[175]](#footnote-175).

En las municipalidades, la atribución para declarar la utilidad pública o el interés social corresponde al Concejo Cantonal[[176]](#footnote-176), a petición de la administración municipal[[177]](#footnote-177). Estas expropiaciones requieren “de previa declaratoria de utilidad pública o interés social”, pero no se requiere “de declaratoria de utilidad pública en cada caso para adquirir o expropiar inmuebles que se hallen ubicados dentro de las zonas urbanas de promoción inmediata[[178]](#footnote-178)”. Expresamente contempla la Ley que la utilidad pública se puede declarar “genérica o específicamente”[[179]](#footnote-179).

La Corte Suprema en Ecuador ha reconocido que una Asamblea Constituyente “organismo dotado de poderes extraordinarios” puede declarar una expropiación, lo mismo que un “gobierno de facto” a través de “un decreto supremo expedido con fuerza de ley”[[180]](#footnote-180).

***Sujeto pasivo de la expropiación***

Los sujetos pasivos de la expropiación son los titulares del dominio del objeto de la expropiación. Pero no solo ellos sino también los llamados “titulares secundarios”, se deben considerar expropiados en los derechos que les corresponden. Se cita a los arrendatarios rústicos o urbanos e, incluso, “la jurisprudencia ha precisado que, a través de la mención legal de ‘titulares de intereses’ y no solo derechos, deben incluirse también a los meros precaristas”[[181]](#footnote-181). García de Enterría también cita los casos de “pluralidad de expropiados en relación con un mismo objeto, por concurso de titularidades distinto de la simple comunidad”. Sobre esto manifiesta que “la totalidad de las titularidades debe ser expropiada, en virtud del principio de que la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas”. Pero también cita ejemplo de expropiaciones parciales de facultades limitadas de dominio; ejemplos de estas serían las “expropiaciones de fachadas”[[182]](#footnote-182), en el derecho urbanístico.

Pero el hecho de que no aparezca inmediatamente un sujeto pasivo de la expropiación o “la certidumbre, duda o ignorancia acerca de la existencia de título hábil sobre el bien”, no impiden la iniciación y continuación del proceso expropiatorio, donde se deben dilucidar tales cuestiones, dice Villegas[[183]](#footnote-183). En todo caso, la legislación ecuatoriana aplicable dispone que en caso de desconocerse el propietario del inmueble o su paradero, el juicio de expropiación se planteará en el territorio donde se encuentra el bien y la citación se hará por los periódicos[[184]](#footnote-184), lo que tal vez era innecesario de explicitar porque aplica las reglas generales procesales para tales casos.

Pero, por otra parte, Villegas cita jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, que considera que “el hecho de que el demandado no hubiere justificado su derecho de propiedad… no puede irrogarle perjuicio desde que no era a él a quien incumbía el *onus probandi*, ni lo inhabilitaba para poder disponer del importe de las indemnizaciones”[[185]](#footnote-185).

**Expropiaciones urbanísticas**

La institución expropiatoria y el Derecho del Urbanismo mantienen estrechas relaciones en la actualidad. La creciente autonomía del Derecho del Urbanismo ha introducido importantes modificaciones en las expropiaciones así como en las restricciones de los ejercicios de los derechos de los ciudadanos; restricciones también conocidas como “policía administrativa”.

La Constitución ecuatoriana refleja esta diferenciación entre la institución expropiatoria tradicional, abordada en el Art. 33, que autoriza la expropiación “previa justa valoración, pago e indemnización”; y, por otra parte, la expropiación urbanística, esbozada en el Art. 32, que concede a las municipalidades la potestad expropiatoria también para “desarrollo futuro”, sin perjuicio de “reservar y controlar áreas”, siempre con la finalidad de “hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente”.

Actualmente, en el Derecho del Urbanismo “la expropiación se percibe como uno de los medios más radicales de adquirir terrenos a pesar de la resistencia de los propietarios, para su equipamiento y desarrollo”[[186]](#footnote-186). En esta nueva rama del Derecho, las causales de la expropiación han continuado su ampliación, hasta el punto que la jurisprudencia francesa de hoy, según Morand-Deviller solo retiene tres causales de *ilegalidad* de la expropiación, siendo ellas: un interés financiero exclusivo, un interés privado exclusivo o la voluntad de contravenir la cosa juzgada[[187]](#footnote-187).

Una reserva para “desarrollo futuro” como causal de la expropiación municipal, que determina la Constitución ecuatoriana, sin fijación de plazo, desestimaría uno de los clásicos principios de la expropiación, según el cual su finalidad debe ser una obra o actividad concreta a desarrollarse en los más breves plazos –seis meses en la legislación ecuatoriana, Art. 804 del Código de Procedimiento Civil– so pena de franquear al expropiado la vía judicial para demandar la “retrocesión”. Pero esta norma sobre el plazo máximo para la iniciación de las obras contempladas en la expropiación, se debe considerar vigente en la normativa jurídica ecuatoriana también para obras de “desarrollo futuro” de las municipalidades, porque no encuentra ninguna excepción tácita o expresa en la normativa legal municipal o en ninguna otra ley al plazo preclusorio de seis meses que habilita la acción de retrocesión.

Pero la mayor parte de las potestades municipales en materia de urbanismo, no se califican como expropiatorias sino de simple delimitación de derechos. La tendencia moderna tiende a disociar el *ius aedificandi*, es decir el derecho del propietario a construir, como un derecho que no se encuentra implícito en el derecho de propiedad, sino que se deriva de una atribución directa del plan de desarrollo urbano, sin que esta delimitación tenga para nada características expropiatorias[[188]](#footnote-188).

**El procedimiento expropiatorio**

***La declaratoria de utilidad pública o de interés social***

La declaratoria de expropiación por causa de utilidad pública o de interés social corresponde a la más alta autoridad del órgano público respectivo. En las entidades adscritas se requiere la autorización del ministerio respectivo[[189]](#footnote-189).

Como acto administrativo que es, la declaratoria deberá ser debidamente motivada, siendo especialmente importante la expresión de la causa de la expropiación, es decir el proyecto, actividad u obra a ejecutarse. En su calidad de acto administrativo, es impugnable en vía administrativa, conforme las reglas generales de la Administración Pública y las especiales, en el caso de expropiaciones municipales, que tienen un sistema diferente de impugnación de los actos administrativos. No obstante, todas las declaratorias son impugnables en la vía judicial en la jurisdicción contencioso administrativo. Asimismo, siguiendo las reglas generales, la declaratoria de expropiación, puede revocarse discrecionalmente por la misma autoridad que la dictó, inclusive las declaratorias municipales, sin más trámite por tratarse de un acto gravoso para el ciudadano. Cabe recordar que, en cambio, la revocatoria de los actos favorables tiene otro tipo de trámite.

***El arreglo directo o contractual en la expropiación***

La legislación ecuatoriana contempla la posibilidad de un arreglo directo entre el órgano expropiante y el propietario del bien declarado de utilidad pública o de interés social, dentro de los noventa días desde la declaratoria, sin necesidad de llegar al juicio de expropiación. En tal caso, la declaratoria de utilidad pública o de interés social resulta un requisito previo indispensable para aplicar las normas pertinentes del arreglo contractual, que se encuentran determinadas en la Ley de Contratación Pública y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal[[190]](#footnote-190). Por tratarse de una norma general es aplicable a las expropiaciones determinadas en otras leyes aunque la norma específica no contemple este arreglo contractual[[191]](#footnote-191).

En caso de arreglo directo, el órgano expropiante puede pagar hasta un diez por ciento por encima del avalúo efectuado[[192]](#footnote-192), pero los ministerios de Estado requieren de la autorización del Presidente de la República expedida por Decreto Ejecutivo y los informes favorables del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado cuando la cuantía exceda de ciertos montos[[193]](#footnote-193). La Ley también determina que si el contrato requiere de egreso de fondos públicos, con cargo al Presupuesto General del Estado, es un requisito el informe del Ministro de Economía y Finanzas.

***La competencia judicial en la expropiación***

**El juicio civil para la discusión del precio de la expropiación**

Para la procedencia del juicio de expropiación es necesario que el órgano público expropiante consigne el valor del avalúo realizado en un juzgado de lo civil. En los casos de órganos expropiantes que carezcan de personalidad jurídica, el demandante será el Procurador General de Estado.

En el juicio de expropiación, que se ventila según el Código de Procedimiento Civil, se discute principalmente el precio de la expropiación, pero también los reclamos de los interesados, incluyendo de los acreedores hipotecarios y prendarios sobre el bien sujeto a la expropiación y, asimismo, los que ostenten derechos legítimos sobre el mismo, como los arrendatarios, comodatarios o en general todos aquellos que deriven algún derecho o interés legítimo sobre el bien a ser expropiado.

La finalidad de este juicio no es solamente la fijación del precio, sino también la transferencia del dominio, cuyo título es la sentencia judicial[[194]](#footnote-194).

“Las actuaciones de los expropiados en el procedimiento expropiatorio son muy importantes –dice García de Ente-rría– (…) El procedimiento entero es “contradictorio” … (en que o bien no se le expropie, o que se limite al mínimo la ocupación necesaria, en que se le otorgue un “justo precio”, en que el trámite sea regular y diligente, etc.) …” [[195]](#footnote-195).

Sobre la sustancia del juicio de expropiación, el autor que se está citando expresa:

“(…)el concepto de vía de hecho se extiende a los casos en que, aun mediando una declaración explícita y aun un procedimiento más o menos aparente, resultan absolutamente manifiestas las irregularidades de los mismos (…) ejemplos (…) elusión de la calificación de la causa expropiando por ley formal e intento de suplirlo por simple resolución administrativa, intervención de autoridades con falta absoluta de competencia, no previo pago del justiprecio e intento de remitirlo a un momento posterior a la ocupación del bien (fuera de los supuestos de expropiaciones urgentes, (…), fijación unilateral del justiprecio (…)”[[196]](#footnote-196).

La falta de consignación del valor determinado por la sentencia dentro de tres meses desde la última notificación autoriza al Juez para declarar, a solicitud del expropiado, sin lugar la expropiación[[197]](#footnote-197). Esta figura es diferente de la *retrocesión*, que se verá inmediatamente.

El Art. 815 del Código de Procedimiento Civil dice:

Art. 804.- Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ente el mismo juez y el mismo proceso.

La acción de los propietarios expropiados para readquirir sus bienes se llama en doctrina: *de retrocesión*.

Según Villegas, la causa que da origen al ejercicio de la retrocesión no se limita al mantenimiento del bien sin destino; comprende también el diferente destino. La jurisprudencia de la Corte de Casación y del Consejo de Estado argentinos se ha pronunciado por la procedencia de la retrocesión cuando el destino hubiere sido alterado, si no media una nueva expropiación. La Ley suiza de 1930 resuelve el punto análogamente, dice este autor.

Continúa Villegas afirmando que si el cambio de destino se dispone por una nueva ley y la sustitución tiene por finalidad lograr una satisfacción a la colectividad, el derecho de retrocesión desaparece, pues carecería de objeto ese retorno para readquirirlo mediante una nueva acción expropiatoria[[198]](#footnote-198).

No obstante, cabe en primer lugar determinar si la palabra que usa la ley “valor” es equivalente a “suma de dinero”. El diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima segunda edición (2001), dice en su primera acepción: “Grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite”, y en su octava acepción: “equivalencia de una cosa a otra, especialmente hablando de las monedas”. Estas definiciones hacen por lo menos discutible la afirmación de que bastaría consignar la misma suma de dinero recibida, porque ahora ella no tendría el mismo “grado de utilidad” o “equivalencia” que tenía cuando fue pagada.

Sobre el particular, Escola se manifiesta por la interpretación según la cual, corresponde al expropiado devolver el “valor” recibido, es decir, una suma de dinero equivalente al poder de adquisición que tenía a la época en que se pagó:

*Se discute si dicha indemnización debe estar sujeta o no a las correcciones resultantes de la desvalorización monetaria, y en este sentido la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha sido oscilante y no muy convincente. Parece preferible, conforme a un criterio más actual y realista, aceptar la necesidad de la corrección por desvalorización monetaria* [[199]](#footnote-199)*.*

Los propietarios expropiados que quisieran ejercer la acción de retrocesión deberían consignar una cantidad de dinero equivalente al *valor* que tenía en aquella época la suma que recibieron, lo que excluye el pago de intereses.

La acción de retrocesión corresponde, como se ha dicho, al expropiado. Conforme a las reglas generales, les corresponde también a sus sucesores universales.

Otra cuestión que corresponde dilucidar es el tiempo durante el cual se puede ejercer la acción de retrocesión a partir de los seis meses que fija el Art. 804 del Código de Procedimiento Civil. Este cuerpo de leyes no fija un plazo dentro del cual prescriba esta acción.

Según Dromi, “[l]as normas de derecho público pueden regular un régimen específico para la prescripción de las acciones administrativas (…). A falta de norma expresa de derecho público, rigen las normas del Código Civil y por aplicación analógica de su Art. 3999 el plazo sería de diez años”[[200]](#footnote-200).

Hay autores que, atribuyendo a la expropiación las características de una compraventa, consideran que la retrocesión prescribe en cuatro años, identificando esta figura con la retroventa, que según el Art. 1825 del Código Civil, no se la puede intentar pasado el tiempo de cuatro años.

Mas, es opinión generalizada entre los tratadistas que las características exclusivamente de derecho público de la expropiación, no permiten establecer relaciones analógicas con otras instituciones del derecho privado. Por tanto se consideran aplicables las reglas generales del Código Civil. En este caso, por no tener características de ejecutiva, el plazo en que prescribiría la acción de retrocesión sería de diez años (Art. 2415).

**El juicio contencioso administrativo sobre la declaratoria de expropiación**

La impugnación de la declaratoria de la expropiación en sede judicial, como acto administrativo que es, se ventila en la actualidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Pero todavía se encuentran resoluciones judiciales administrativas de los años 70 del siglo veinte y de los años 90 de las salas administrativas de la Corte Suprema, donde se rechazaron impugnaciones de declaratorias de expropiación, a veces por razones formales, es decir que no decidieron el fondo del asunto. El razonamiento se basó en el texto de la Ley de Procedimiento Civil, que dispone:

Art. 783.- (…) La declaración de utilidad pública o social hecha por las entidades ya indicadas, para proceder a la expropiación de inmuebles, no podrá ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía administrativa.

Se consideró que:

“La salvedad que en el expresado inciso se hace respecto de la vía administrativa, se refiere, en materia de expropiaciones, a los reclamos y recursos que puede interponer la parte interesada ante los organismos señalados en el Art. 253 de la Ley de Régimen Municipal. Por lo expuesto, careciendo este Tribunal de competencia se inhibe del conocimiento de la demanda (…)”[[201]](#footnote-201).

Pero por lo menos desde 1988, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostiene que no puede confundirse el juicio de expropiación, que discute el precio del bien expropiado, con la impugnación en la vía contencioso administrativa de “los actos administrativos”, más aun si “no se encuentra en (el texto de la Ley de Régimen Municipal, en el caso de expropiaciones municipales) disposición alguna que en forma expresa excluya a tales declaraciones de la vía contencioso administrativa”. Además afirmó:

“(…) criterio éste que se refuerza si consideramos que la norma posibilita la discusión en la vía administrativa, siendo que entonces el sistema de control administrativo vigente en el país era el de la jurisdicción delegada, a través del Consejo de Estado, todo lo cual demuestra evidentemente la razón para sostener que la verdadera interpretación de la disposición referida no puede ser tomada como una limitación a las atribuciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”.

Por sobre todo lo antes dicho, el carácter imperativo de la norma constitucional del Art. 96, nos obliga necesariamente a aceptar que los actos municipales, entre los que se encuentra la declaratoria de utilidad pública, pueden ser sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, volviendo, en consecuencia, perfectamente válida la interpretación anterior del Art. 794 del Código de Procedimiento Civil; mas aún, de no ser valedera tal interpretación y de considerarse que la norma señalada contiene una clara limitación a la jurisdicción del Tribunal, en acatamiento de lo dispuesto en el Art. 137 de la Constitución Política del Estado, que consagra la supremacía de la Constitución, estaría el Tribunal en la obligación de ejercer la atribución contenida en el Art. 138 de la Carta Fundamental y declarar que el mencionado Art. 794 es inaplicable en el caso, por ser contrario a la Constitución. Finalmente, el único antecedente del Tribunal sobre la materia es el emitido en el proceso seguido por Abraham Freire Oñate en contra de la Municipalidad de Babahoyo, siendo así que el fallo se lo emitió el 9 de Marzo de 1981, esto es, antes de que se expidiera y entrara en vigencia el tercer inciso del Art. 96 de la Constitución Política del Estado, circunstancia ésta que vuelve tal precedente judicial como inaceptable para el caso. Por todo lo anterior, la Sala considera que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver la presente causa, desechando, en consecuencia, la excepción deducida en sentido contrario por la parte demandada[[202]](#footnote-202).

Pero hay resoluciones de la Sala Administrativa de la Corte Suprema que desestiman la impugnación judicial administrativa de la declaratoria de la expropiación, invocando el citado artículo del Código de Procedimiento Civil citado líneas arriba. Así, por ejemplo, la Sala dijo:

“En resumen los órganos judiciales que determina el Art. 94 literales a) y c) de la Constitución, no están facultados para conocer las controversias acerca de la declaratoria de utilidad pública antes aludida. La única forma de impugnación del acto administrativo de la Municipalidad de Pucará era en vía administrativa ante el Ministro de Gobierno y Policía, ante quien podría hasta observar los procedimiento que sobre la declaratoria de utilidad pública ordenan la Ley de Contratación Pública y su Reglamento”.

Más aun, afirmó:

El Art. 38 de la Ley de Modernización (...), faculta el pronunciamiento de legalidad o ilegalidad de las resoluciones de la Administración, a la jurisdicción contencioso administrativa que ha lugar siempre que la ley, expresamente no prohíba tal acción, que establece el Art. 6 literal e) de dicha ley rectora[[203]](#footnote-203). En todo caso, la señalada Ley N° 50 (Ley de Modernización) no estaba vigente a la fecha de los actos administrativos impugnados, objeto de esta juicio[[204]](#footnote-204).

En cambio, la Corte Suprema ha rechazado, con razón, la impugnación de la declaratoria en la vía civil, por considerar que “esta declaración constituye un acto administrativo, no pudiendo discutirse en esta jurisdicción nada relativo a tal declaratoria”[[205]](#footnote-205).

En cuanto al tema de la casación misma, existen resoluciones contradictorias acerca de si el Juicio de Expropiación es un juicio de conocimiento o es un juicio de ejecución. Como se conoce, solamente es posible casar sentencias dictadas en juicios de conocimiento. Valiéndose del principio de que si existe duda acerca de si un juicio es de conocimiento o es de ejecución, se debe asumir que es de conocimiento, porque además el Juicio de Expropiación no llena los requisitos de los juicios de ejecución, han resuelto varias sentencias[[206]](#footnote-206).

**La indemnización. Valoración del justiprecio**

Además del pago del valor del objeto expropiado, corresponde también pagar la indemnización por daños “que sean una consecuencia directa o inmediata” de la expropiación, dice la Ley de expropiaciones argentina[[207]](#footnote-207).

Así, en el ejemplo planteado en páginas anteriores, el Ministerio de Energía y Minas declara “de conformidad al artículo 4 de la Ley de Hidrocarburos, de utilidad publica confines de expropiación y ocupación inmediata el Derecho de Vía (DDV) del oleoducto de crudos pesados” autorizó “[l]a negociación directa del monto de la expropiación” incluye sin duda la consignación de los valores correspondientes en el juzgado competente”. El término “indemnizaciones” se debe entender en el sentido jurídico usual del término, es decir comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, todo lo cual deberá ser debidamente comprobado.

No contempla todavía la legislación ecuatoriana la posibilidad de indemnización o de compensación por daño ambiental que pueda ocasionarse por la expropiación. En todo caso, el daño ambiental no puede ser reclamado por los propietarios de las respectivas tierras, para sí mismos, conforme la norma vigente de la Ley de Gestión Ambiental, sino para la recuperación ambiental. Así, los reclamos respectivos no correspondería plantearlos en el juicio de expropiación y deberían demandarse por cuenta separada según el procedimiento establecido para el efecto, principalmente en la citada Ley de Gestión Ambiental y la reforma introducida en el artículo 38 de la Ley de Modernización.

La indemnización de daños y la discusión sobre sus diferentes aspectos se ilustra más abajo, cuando se discute la indemnización de inmuebles donde existan empresas y de negocios en marcha.

En general, la regla sería que en la expropiación realizada a favor de terceros, cuando éstos deben pagar la indemnización al expropiado, el juicio que plantee este último podría realizarse contra el órgano expropiante o contra el beneficiario. Procesalmente se debería considerar al órgano expropiante como el legitimado pasivo en la causa correspondiente, si así lo demanda el expropiado.

Queda todavía por analizar el avalúo de los bienes en las expropiaciones municipales. Ha sido ocurrencia frecuente que las municipalidades, para el pago del precio del bien expropiado hayan acudido a los avalúos municipales, generalizadamente subvaluados, pretendiendo pagar a los propietarios precios muy inferiores a los corrientes en el mercado. Las municipalidades que han aplicado esta práctica alegan que no les aplica el requerimiento de la Ley de Contratación Pública que incluye entre los requisitos de la expropiación el avalúo de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros (DINAC). Pero existe jurisprudencia de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia que expresa lo contrario, es decir que las municipalidades, inclusive la municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, también se deben someter a la Ley de Contratación Pública para el trámite de las expropiaciones, puesto que esta última no contradice a la Ley Orgánica de Régimen Municipal sino que la complementa[[208]](#footnote-208).

No parece que los preceptos contenidos en estas sentencias de aplicación obligatoria para los jueces, hayan sufrido alguna alteración con las normas introducidas en la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2004, donde se introducen disposiciones tendientes a nivelar los avalúos municipales con los valores reales de mercado de los inmuebles.

**El resarcimiento o pago en la expropiación de empresas y negocios en marcha**

Está claro en todo caso que, para los Estados, la acción de “expropiar” —a diferencia de “nacionalizar”— se enmarca dentro de principios jurídicos tradicionales no sujetos a discusión y aceptados por todas las naciones. Además se puede afirmar que cada país tiene en sus leyes normas precisas sobre la expropiación, lo que no se puede decir de las nacionalizaciones.

Aun así, la “expropiación” de empresas o de inmuebles donde se encuentren empresas o negocios en marcha tiene problemas específicos provenientes de la elusiva naturaleza del concepto de empresa. Los principales problemas son los que se refieren a las nociones de “llave“ y de “negocio en marcha”. Efectivamente, al expropiar una empresa, no se están expropiando bienes aislados como tales sino también una organización, que incluye algunos intangibles, pero que no por ser tales dejan de tener un valor, a veces apreciable, en el mercado. Dentro de este contexto, Garrigues ha afirmado que la empresa es un concepto dinámico, así como el patrimonio es un concepto estático, y se debe añadir que entre los valores correspondientes al aspecto dinámico están el valor “llave” y de “empresa en marcha”, mientras que corresponden al aspecto estático de la empresa, los valores de los bienes corporales e inmateriales[[209]](#footnote-209).

Según Villegas, el significado de llave, en estos sentidos que no constan en el Diccionario de la Lengua Española, se utiliza: 1. como valor potencial de un establecimiento, comercial o industrial, consecuente al giro de sus operaciones, prestigio y utilidades; y, 2. como la suma que se exige por la transferencia de un contrato de locación de un inmueble y, por extensión, a la locación misma[[210]](#footnote-210). Según Ferro, para tener un valor de venta, la llave debería representar un sustancial poder de ganancia que supere el interés normal y la retribución del empresario, ambos combinados. Nunca existe llave en un negocio que no se lo crea capaz de ser lucrativo[[211]](#footnote-211). Estas definiciones se complementan con la de negocio en marcha, que a juicio de Bértora, representa el “valor de una empresa establecida, que hace negocios y gana dinero, con relación a una similar que está poriniciarse”[[212]](#footnote-212).

En el juicio de expropiación se discute el precio que se debe pagar por la cosa expropiada. En el caso de empresas, cuando este tipo de expropiación está contemplada en la ley, se debe proceder al avalúo y pago, en primer lugar de las cosas corporales de la empresa: el material, las mercancías, el utillaje y los inmuebles. Sobre la procedencia del pago de estos elementos, enumerados por Garrigues[[213]](#footnote-213), habrían pocas dudas, de acuerdo con las normas generales. Hay otro tipo de bienes que Garrigues llama bienes inmateriales, como son la propiedad industrial, literaria y artística, principalmente. Que este tipo de bienes se deba pagar, tampoco será discutido por las leyes de los diferentes países. Las discusiones se establecen sobre el monto de la indemnización correspondiente, de más difícil precisión que en los bienes corporales.

En fin, son el avalúo y pago de la “llave” y del “negocio en marcha”, tal como se manifiestan en los conceptos jurídicos de “lucro cesante” y de “daño emergente”, los que más controversias provocan. El problema radica en la característica de “dinámica” que tiene la empresa, lo que complica el avalúo de este aspecto del negocio; lo que contrasta con el otro elemento “estático” del mismo, esto es el patrimonio “corporal”, que tiene un contenido cuyo avalúo es mucho más fácil de establecer, como se ha visto.

La solución que ofrece Cassagne es de índole práctica, puesto que observa que “(…) si el valor llave constituye un bien integrante del patrimonio o de la propiedad en sentido amplio (…) consideramos que el valor llave constituye un valor mensurable en dinero que integra el patrimonio(…)”, añadiendo que “(…) la jurisprudencia no ha reconocido la procedencia del valor llave (…) admitiendo, en cambio, la posibilidad de que, con base en prueba pertinente, se indemnice el valor empresa en marcha, (…) el valor que se añade a ese patrimonio o activos cuando integran una empresa que se encuentra en producción o realizando su actividad comercial” [[214]](#footnote-214).

Villegas, en su aludida obra sobre la expropiación, tal como la enfoca la normativa argentina, manifiesta que la indemnización se paga sobre el daño emergente, mas no sobre el lucro cesante, que estaba expresamente excluido como rubro indemnizatorio por el Art. 11 de la Ley Nacional 13264, ley que en cambio admite el daño emergente, pues se refiere en dicho artículo a “los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación”; entendiendo el daño emergente como “el causado directa e indirectamente por la privación de la propiedad; incluso el consecuente a la desposesión”. Por otra parte, dice Villegas, según la citada ley, “el lucro cesante se caracteriza esencialmente por su carácter eventual y futuro: son beneficios sólo esperados (desde luego, con suficiente probabilidad y no caprichosamente), lucros a obtener en el futuro conforme al orden natural y ordinario de las cosas”[[215]](#footnote-215). Concluye Villegas: “como valor potencial de un negocio la ‘llave’ cae en la órbita del lucro cesante”. El autor argentino cita entonces jurisprudencia de la Corte Suprema por la cual en la indemnización del valor, “no procede (el valor) por ‘empresa en marcha’, que sería ganancia hipotética”; que son decisiones que, según Villegas “no pueden estimarse justas”. Más adelante expresa que si el Estado adquiere “los bienes físicos y la organización, tampoco puede dudarse que ha tomado al expropiado dos suertes de bienes; y como debe indemnizar por lo que toma, resulta incuestionable que no puede limitar su obligación a una sola de las dos”[[216]](#footnote-216).

Ferro va más allá que Villegas en su crítica de la normativa vigente en Argentina en la época de su estudio, en base de la sentencia de la Corte Suprema que dice:

*(...) No corresponde indemnizar como consecuencia de la expropiación el valor económico de la llave de un negocio, que debió liquidarse a resultas del acto expropiatorio, pues dicho valor por ser meramente potencial, es de la misma especie que la probabilidad de lucro futuro, y la ley 13.264 -de orden público por su naturaleza- dispone en su artículo 11 que no procede pagar el lucro cesante que podría derivar de una expropiación.*

Ferro discrepa con Villegas, cuando éste afirma que:

“(...) No debe confundirse la expropiación de la empresa en marcha (bienes y organización, continuando la explotación en virtud de ésta) con la expropiación de “empresa que está en marcha”; (cuando la incorporación de los bienes al patrimonio del Estado se hace con prescindencia de la organización, que no interesa)”.

Para Ferro, “lo que importa no es, como supone Villegas, cuál es el beneficio del Estado, o si este aprovecha o no lo que obtiene del expropiado, sino cuál ha sido el perjuicio que éste ha tenido que sufrir como motivo del acto expropiatorio”. Es decir, aunque el Estado no vaya a mantener la empresa en marcha, el valor llave de todas maneras debería reconocerse en vista del perjuicio causado al propietario. Concluye Ferro, sobre el particular:

“(...) Nosotros creemos que la única justificación que debe existir para un rechazo será la fundada en que el negocio directamente no tiene ningún valor llave, porque, si lo tiene, lo que debe importar es la realidad económica, no la teoría jurídica”[[217]](#footnote-217).

En la misma línea de su reflexión sobre el “valor llave”, sobre el lucro cesante, Cassagne opina sobre “(…) la exclusión del lucro cesante (…) uno de los aspectos más debatidos de la teoría de la indemnización (…). No se puede desconocer que, en ciertas circunstancias, la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias futuras, se tienen en cuenta a los efectos de la determinación de su valor objetivo (pie de página 62: la ley ya ha contemplado expresamente el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa o inmediata)”[[218]](#footnote-218).

Otro problema susceptible de producirse en la expropiación –y también sobre la nacionalización– de una empresa es el pago de sus deudas. Las expropiaciones ordinarias, que recaen sobre bienes individualizados, no implican un pasivo a cargo del expropiador. Pero la expropiación en el caso de nacionalización se efectúa sobre un conjunto, sobre una universalidad de bienes, que entonces plantea el problema del pago de un pasivo. Dice Vedel que en Francia, cuando se procedió a nacionalizar empresas como la Renault o la Electricidad y el Gas, fueron delicados los problemas de técnica jurídica especialmente la determinación de los bienes a expropiar y la sucesión de las deudas[[219]](#footnote-219).

Comentando la práctica en Argentina, Ferro manifiesta que la actitud del Estado, en lo atinente a deudas, ha sido, en todos los casos, la de tomar el activo de la sociedad o parte de él y dejar que el titular satisfaga los créditos con el dinero que reciba del expropiante; por lo general se hace cargo del activo físico, desconociendo la existencia y el valor de los bienes intangibles y dejando al expropiado la percepción de sus créditos[[220]](#footnote-220).

Es que en la transmisión de la empresa falta el dato característico de la transmisión de las universalidades: la transmisión ipso jure de derechos y obligaciones, como se manifestó en otro apartado.

La situación es diferente en el caso de sociedades, cuando éstas tienen acciones en el mercado, especialmente cuando se cotizan en la Bolsa. En tal caso, sencillamente el Estado expropia las acciones y éstas pasan a su propiedad con todo lo que ello implica.

En el derecho ecuatoriano la expropiación contemplada en la legislación no puede recaer sobre empresas, sino sobre una “propiedad raíz”[[221]](#footnote-221). Lo más cercano a una expropiación de empresas a que se refiere el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano es “cuando existiesen, en el predio expropiado, instalaciones industriales cuyo funcionamiento no pueda seguir por efecto de la expropiación, se pagará también la indemnización correspondiente a este daño”[[222]](#footnote-222). Como tal no se está expropiando una empresa, sino un bien raíz, sobre el que resulte haber instalada una “industria”; en cuyo caso se indemniza por el daño ocasionado a ella. Pero incluso en tal suceso, si es posible el traslado de tales instalaciones a otro inmueble, dentro de la misma localidad, la indemnización puede reducirse al costo del desmontaje, remoción, transporte y nuevo montaje (Art. 801, segundo inciso). Parece suficientemente claro que tales disposiciones no se podrían aplicar fácilmente a la expropiación de una empresa.

El texto constitucional anterior también aludía, además de “expropiación”, también a “nacionalización”, no solo de bienes sino también de “actividades”. En vista de la eliminación a tal referencia del texto constitucional vigente, se debe entender que sería inconstitucional una ley que establezca una nacionalización de bienes o actividades en general.

También, debe notarse en el texto constitucional que la expropiación procede solamente en los casos “determinados en la ley”, por lo que se necesita una disposición legal expresa, que en este momento no existe, para expropiar una empresa o para una expropiación cualquiera —por ejemplo, sí existen referencias expresas a causales de expropiación de tierras agrarias en la Ley de Desarrollo Agrario. Diferente es el caso de la expropiación de un inmueble donde funcione una empresa o un negocio en marcha, donde se aplicarían los pagos de las indemnizaciones que se han discutido en esta sección.

**Indemnización de acciones materialmente expropiatorias**

Hay que analizar las acciones *materialmente* expropiatorias de normas ambientales determinadas. En general, el Derecho del Urbanismo establece situaciones determinadas de acciones expropiatorias con finalidades urbanísticas, sin indemnización.

Lo más importante sería distinguir cuándo las acciones materialmente expropiatorias del Estado no son indemnizables en virtud del poder de policía del Estado.

La doctrina cita las medidas “reguladas, no obstante, al margen de todo el sistema legal de expropiación”, como: “destrucción pura y simple de la cosa” (epizootias), “mera cesación de ejercicio de una empresa, típicamente la creación de monopolios legales”, “arrendamiento forzoso” (en legislación agraria), “consorcio forzoso” (anterior legislación de Montes, en España), “prestación forzosa” de máquinas y ganado de labor para el cultivo”; “excavación forzosa” sobre terrenos privados” (patrimonio artístico y arqueológico), “movilización y militarización de industrias”; “servidumbres legales, como la de “paso de energía” (Ley del sector eléctrico).

Así, hay que reiterar que las restricciones o las limitaciones y delimitaciones al ejercicio de los derechos no son indemnizables, sin perjuicio de reconocer que aparece como tenue la frontera con el despojo expropiatorio. García de Enterría establece la “(…) distinción entre expropiación y limitación: la primera indemnizable, sometida a un procedimiento legal estricto, la segunda no indemnizable, derivada normalmente de la Ley, pero cuya concreción puede realizarse también por actuación administrativa que queda al margen del procedimiento expropiatorio”[[223]](#footnote-223).

**Ocupación temporánea, venta forzosa y otras figuras ablatorias**

La doctrina y el derecho comparado también se ocupan de otras figuras jurídicas, que afectan el derecho de propiedad, pero que responden a otros conceptos que las distinguen de la expropiación e incluso de la limitación y delimitación de derechos, como por ejemplo la “venta forzosa”, que no se agota, como la expropiación, una vez aplicada, sino que continúa vigente indefinidamente mientras no se derogue la ley que la establezca. Otros conceptos existentes en todas las legislaciones, diferentes también de la expropiación, son la requisición, el comiso e, incluso la confiscación. Aunque debe recordarse que está última se encuentra expresamente prohibida en la Constitución Política de la República. La derogada Ley de Reforma Agraria y Colonización también contemplaba la figura de la “reversión”, consistente en el despojo de la propiedad sin compensación alguna, alegando causales que asumían un retorno a la Nación del bien revertido. La Ley de Patrimonio Cultural contemplaba la confiscación de un bien particular perteneciente al patrimonio cultural de la Nación, aunque la última codificación modificó el término de confiscación por el de expropiación, pero conservó la disposición de pagar el 25% de su valor en tales casos que, a pesar de la denominación que se le dé, resulta igualmente confiscatoria. Otros casos son los de destrucción de comestibles en estado de descomposición o con plagas o algún tipo de contaminación.

**xx. El Servicio Público**

**Evolución histórica de la noción de servicio público**

Dos aspectos de la administración económica del Estado se encuentran estrechamente relacionados con los servicios públicos. El uno se refiere a la intervención del Estado en la actividad industrial en el Renacimiento y en la época moderna con la finalidad de captar una “masa de maniobra monetaria” con fines generalmente militares. El otro se refiere a la utilización de esta misma actividad económica estatal para intentar el mejoramiento de la situación material de los habitantes del Estado, que es una característica del Estado intervencionista contemporáneo.

El primer aspecto, que se refiere al requerimiento estatal de acumulación, tiene como antecedente a las repúblicas italianas, que organizaban ejércitos desproporcionados en relación con las poblaciones que las habitaban, gracias a sus actividades industriales y comerciales que habían atraído a ellas especies metálicas que les permitían tomar numerosos soldados a sueldo. Con tal ejemplo los reyes prestaron más atención a la búsqueda del “Tesoro del Ahorro”. Posteriormente, el triunfo de la Inglaterra industrial sobre Francia, confirmó el aumento notable, no solamente en Francia, sino también el resto de Europa, del prestigio político de la industria[[224]](#footnote-224)**.**

El segundo aspecto, de la necesidad política de atender el bienestar de los ciudadanos, se puede sintetizar en el “sistema industrial” tal como lo concibe Saint-Simon (1760-1825), como un sistema social vuelto enteramente hacia las actividades económicas:

*(...) en el nuevo orden político, la organización social debe tener como objetivo único y permanente la mejor aplicación de los conocimientos adquiridos a través de la ciencia, de las bellas artes, y de las artes y oficios.*

*(...) No es éste el lugar indicado para detallar el asombroso nivel de prosperidad que podría llegar a alcanzar la sociedad organizada del modo que acabo de describir (L'Organisateur)* [[225]](#footnote-225).

Todas esas actividades descritas por Saint-Simon eran actividades privadas que solo socialmente adquirían un carácter público. Cuando el Estado incrementó su actividad social, lo hizo a través de su imperium o potestad de mando o más simplemente potestad pública. Según Jellinek, éste es el punto más importante, por el cual la Administración Pública, ejercida por el Estado, o por las corporaciones dotadas de imperium por el Estado, se distingue en principio de toda administración privada. Parecía entonces evidente que el Estado podía alcanzar sus fines administrativos con más facilidad y seguridad que los individuos y las asociaciones libres. Este autor pone como ejemplos de su tiempo: promoción de la cultura, explotación de los caminos de hierro, fundación de escuelas, cuidado de los indigentes, construcción de vías urbanas. Por otra parte, al entrar en este tipo de actividades el Estado aplica en su ejercicio el derecho privado:

*(...) divide la legislación material en órdenes para el ejercicio del imperium y para las acciones sociales del Estado. Las primeras dan a la administración poder sobre los individuos, y las últimas limitan el poder de la administración en favor del individuo*[[226]](#footnote-226)***.***

**Antecedentes jurídicos de la noción del servicio público**

Así, la doctrina del derecho público en Francia en el siglo XIX distingue en las actividades del Estado la actividad de potestad pública (o de autoridad) y la actividad de gestión. La teoría de los actos de autoridad y de los actos de gestión del Estado “es una de las ideas fundamentales de los principales autores de siglo XIX: Batbie, Ducrocq, Aucoc, y después Laferrière y Berthélémy construyen a su alrededor todo el derecho administrativo**[[227]](#footnote-227)**. Esta diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, permitía también distinguir cuándo aplicar el derecho administrativo y cuándo aplicar el derecho privado. No obstante, la creciente participación del Estado en actividades de beneficio de la colectividad determina, por una parte, la reducción del campo de aplicación del derecho administrativo; por otra parte, se hizo notar que resulta difícil en la práctica realizar este desglose de la actividad del Estado entre actos de autoridad y actos de gestión.

Para los efectos indicados, la doctrina y la jurisprudencia francesas se inclinaron hacia el fin del siglo XIX hacia la noción del servicio público como susceptible de establecer el campo de aplicación del régimen administrativo y en consecuencia el dominio de la competencia del juez administrativo**[[228]](#footnote-228)**.

A partir de la doctrina de los servicios públicos, adoptada por el Consejo de Estado francés y muchos tratadistas, se constituyó buena parte de la práctica administrativa francesa, española y de muchos países latinoamericanos, relacionada con la noción de servicios públicos.

De esta noción también se deriva el principio del contrato administrativo que se define como aquel en que la actividad del contratante se vincula con un “servicio público”. Posteriormente se acudió también a la noción de “utilidad pública” para incluir las llamadas “cláusulas exorbitantes del derecho común” en el contrato administrativo. Jurídicamente, la noción de servicio público surge en la jurisprudencia francesa de Tribunal de Conflictos con el famoso “Arrêt” (fallo administrativo) Blanco del 8 de febrero de 1873, que en la parte concerniente dice:

*(...) la responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a los particulares por los hechos de personas que emplea en los servicios públicos, no puede regirse por los principios establecidos en el código civil, para las relaciones de particular a particular (...) la autoridad administrativa es la sola competente para conocer (estos asuntos)* [[229]](#footnote-229)*.*

La categoría del servicio público establecía de una manera clara la división jurisdiccional entre los jueces administrativos y los civiles. Así aparecía una especie de ecuación: servicio público, igual a derecho público**[[230]](#footnote-230)**.

Esta orientación se confirma e intensifica a comienzos del siglo XX con el Arrêt Terrier del 6 de febrero de 1903 y posteriormente con el “Arrêt” Thérond del 4 de marzo de 1910**[[231]](#footnote-231)**.

En el “Arrêt” Terrier el Consejo de Estado francés sentó la jurisprudencia que el criterio de servicio público se aplicaba a todos los litigios, incluyéndose los surgidos en las actividades de las entidades locales. Más importante aún, dictaminó que la creación de un servicio público no implica necesariamente la creación de un cuerpo de agentes públicos y puede consistir simplemente en cualquier actividad de una colectividad que tienda a satisfacer una necesidad de interés público**[[232]](#footnote-232)**.

La historia del derecho administrativo atribuye al profesor francés Léon Duguit el impulso de la tendencia**[[233]](#footnote-233)**, que ya se perfilaba en la jurisprudencia, a conformar toda una estructura legal administrativa relacionada con el concepto de servicios públicos, según la cual “[l]a noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público (...). El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios público”**[[234]](#footnote-234)**.

Duguit niega la personalidad jurídica del Estado y la soberanía estatal. En cambio, propuso construir una noción de Estado sobre el concepto del servicio público:

*(...) el Estado no es, como se lo ha querido hacer y como se ha creído algún tiempo que era, una potencia que manda, una soberanía; sino que es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes. Importa entonces precisar esta noción de servicio público, que es capital, y alrededor de la cual gravita todo el derecho público moderno* [[235]](#footnote-235)*.*

El autor citado define el servicio público como:

*(...) toda actividad cuyo cumplimiento debe asegurarse, reglarse y controlarse por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que ella es de tal naturaleza que no se puede realizar completamente más que por intervención de la fuerza gobernante* [[236]](#footnote-236)*.*

Duguit establece el servicio público como la base no sólo del derecho administrativo sino del derecho público. En el análisis del concepto de soberanía expone que en el siglo XVII y en el XVIII, la soberanía es el derecho de mandar, cuyo titular es el rey y que se manifiesta principalmente en las leyes, como expresión de la voluntad real soberana. Con la supresión de las monarquías, estas características se atribuyeron al Estado y la soberanía nacional se manifestará de la misma forma que se manifestaba antes:

*El poder de dominación persiste siempre; pero no es un derecho subjetivo de que el Estado como persona jurídica sería titular: es ante todo una función social. Esta función social es, en el fondo, el servicio público.*

Afirma que el fundamento del Derecho Público no es el derecho subjetivo de mando sino que es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos**[[237]](#footnote-237)**.

Los administrativistas coinciden en señalar a Hauriou y Berthélémy como los principales opositores de esta doctrina, en aquella época. Para Hariou resulta útil distinguir la potestad pública y la gestión del Estado, pero a su vez el concepto de gestión se desdobla en gestión administrativa (en el caso de los servicios públicos) y gestión privada del Estado. Según este autor, el grave error de Duguit es de tratar de eliminar del derecho público la noción de potestad pública**[[238]](#footnote-238)**.

Lo que cuestiona Houriou principalmente de Duguit es lo que considera una posición exagerada de éste último respecto del fin del Estado y la poca atención que presta a los medios mismos. Insiste en la importancia del concepto de la potestad estatal. Concede a Duguit el aporte de la noción del servicio público para sustentar “la autolimitación objetiva del poder”. La autolimitación del poder, como la concibe Hauriou “en su teoría de la institución, es una autolimitación objetiva”**[[239]](#footnote-239)**.

Por otra parte, el mismo Duguit, se encarga de definir la posición de Berthélémy, para contradecirla a punto seguido; posición que la resume así: lo que se puede distinguir dentro del Estado son las funciones de autoridad y las funciones de gestión**[[240]](#footnote-240)** que es el enfoque clásico.

Los criterios sobre la inexistencia de la personalidad jurídica del Estado e inexistencia de la soberanía estatal fueron generalmente descartadas por algunos de los principales tratadistas de la época (como Hariou, Carré de Malberg, Berthélémy, etc.) y no se mantienen en la actualidad, pero los enfoques de Duguit sobre el servicio público tuvieron mejor suerte, puesto que dominaron casi medio siglo la doctrina del derecho administrativo francés e influyeron en los demás países con un sistema de derecho público administrativo. A partir de los años cuarenta del siglo XX, especialmente desde las intervenciones del Estado en la actividad empresarial, se empezó a considerar la noción del servicio público como una camisa de fuerza, porque no explicaba suficientemente los nuevos fenómenos de la intervención administrativa. Se habla entonces de la declinación**[[241]](#footnote-241)** o crisis**[[242]](#footnote-242)** del concepto del servicio público.

La aparición del “servicio público de naturaleza comercial e industrial” en el “Arrêt Bac d’Eloka”**[[243]](#footnote-243)** es una noción acentuada especialmente a partir de la primera guerra mundial y las nacionalizaciones empresariales en Francia, lo que obligó a la revisión de los antiguos criterios doctrinales. En la actualidad ha recobrado vigencia en ciertos sectores la posición de Berthélémy de distinguir entre las funciones del Estado las funciones de autoridad y las funciones de gestión, que fueran rechazadas por Duguit**[[244]](#footnote-244)**, a lo que se refería también Jellinek en 1900 cuando, a propósito de la Administración del Estado, describe su actividad según ejercite el imperium o las acciones sociales del Estado, para asignar al primer caso la administración de poder sobre los individuos y al segundo la limitación del poder de la administración en favor del individuo**[[245]](#footnote-245)**. En todo caso, esta distinción todavía prevalece en el derecho internacional, por ejemplo, para efectos de aplicar de la jurisdicción nacional a Estados y empresas públicas extranjeras, como se verá en otro capítulo de esta obra.

Desde el punto de vista práctico jurídico el concepto de servicio público tiene una incidencia atenuada en la noción de empresa pública como se la entiende en la actualidad. En la época del nacimiento de las empresas públicas la institución del servicio público se desarrollaba preponderante en el Derecho Administrativo. En su inicio la empresa pública fue considerada exclusivamente desde el punto de vista de la teoría del servicio público.

Sin duda que el más significativo de los enfoques de la doctrina contemporánea sobre la aplicación del Derecho Administrativo y del Derecho Civil a las actividades del Estado es el sostenido por el decano Vedel en su debate con Eisenmann, en uno de los textos clásicos administrativos: “Las Bases Constitucionales del Derecho Administrativo”**[[246]](#footnote-246)**. El Decano termina afirmando que “el derecho administrativo es el derecho común de la *potestad pública*” (énfasis añadido), lo que se complementa con su afirmación de que “[e]l derecho privado hace figura de derecho de excepción respecto de las actividades estatales”**[[247]](#footnote-247)**. Así, en la actualidad, el concepto de *potestad pública* como elemento fundamental del Derecho Administrativo conserva su plena vigencia, sin perjuicio de la importancia que todavía se asigna en el Derecho Administrativo francés a la noción de servicio público.

Originalmente, en Francia, el servicio público se consideró como de utilidad general para satisfacer necesidades colectivas, manejado por la Administración y por lo tanto sujeto al derecho público.

Pronto tuvieron el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos de Francia que establecer el status de aquellas actividades del Estado que tenían características industriales y comerciales. Obviamente tales actividades no se compadecían con un enfoque de derecho público. La jurisprudencia entonces consagró en Francia los servicios públicos industriales y comerciales, que funcionan en condición análogas a la las empresas del derecho privado. La fórmula que se utilizó fue la de conceder competencia a los tribunales ordinarios en los casos en que el servicio por su organización, sus condiciones de funcionamiento, sus relaciones con los usuarios se asemeja en su funcionamiento a la empresa privada, fue denominado “industrial y comercial” y sometido a las disposiciones del derecho privado. Para la teoría, el servicio público industrial y comercial se concreta en dos términos: se trata de un servicio público, pero funciona siguiendo las normas de la industria y de comercio.

En cuanto a los diferentes modos como la Administración Pública ha manejado los servicios públicos —lo que se puede llamar los “modos de gestión”— se enumeran como principales:

*Administración directa del Estado, dentro de las estructuras clásicas administrativas y sin personalidad jurídica propia del servicio;*

*Descentralización por servicios, es decir prestación a través de un ente de derecho público con personalidad jurídica propia –“entidad pública”- denominado en el derecho administrativo francés establecimiento público y en el Código Civil ecuatoriano “establecimiento costeado por el Fisco”;*

*Utilización de sociedades de derecho privado de propiedad del Estado o asociación con particulares en sociedades mixtas;*

*Régimen de concesión, por el cual se entrega la gestión a una persona o sociedad de propiedad privada que se encarga de ejecutar la prestación de acuerdo con las estipulaciones del respectivo contrato con el Estado;*

*En fin, una figura especial del derecho administrativo francés, que se adoptó a raíz de las expropiaciones de empresas efectuadas a la terminación de la segunda guerra mundial: la “régie”. La diferencia con otras figuras estriba que en este caso se “nacionalizaron” las empresas, es decir se entendió que su propiedad pase a la “Nación” más bien que al Estado. En consecuencia se entregó su dirección administrativa también a representantes de los trabajadores, de los técnicos, etc. Sin embargo de lo cual la propiedad de los bienes continúa en manos del Estado, quien sigue reclutando a su personal. “En régie”, quiere decir: en gestión directa.*

En este respecto se puede afirmar también que no existen grandes diferencias entre la forma de gestión de los servicios públicos así entendidos, y a la forma de gestión de las empresas públicas en la doctrina y en la legislación, salvo el caso de la concesión de servicio público, que tiene otro tratamiento.

Los esquemas de la modernización del Estado actuales y de las corrientes privatizadoras, que revierten las nacionalizaciones vigentes desde el segundo lustro de los años cuarenta del pasado siglo XX, han creado una apertura doctrinal para el retorno del concepto del servicio público y sus principales instrumentos de gestión de servicios públicos a cargo de los particulares: la concesión y la desnacionalización, con un creciente desarrollo doctrinal de los esquemas reguladores —la normativa, regulación y control estatal, aunque se percibe, a inicios del siglo XXI una tendencia de vuelta a la prestación directa por parte del Estado de los servicios públicos. Este esquema ha sido especialmente cierto en la Argentina.

En cambio, en la Unión Europea, como un instrumento de estandarización de los subsidios reales y aparentes en el tema de la competencia comercial, se sustituye el concepto de servicio público por el de “servicio de interés económico general”, que se considera “como una excepción a las reglas normales del mercado”, si bien está sometido a las reglas de la competencia, “en la medida que la aplicación de esas reglas no obstaculice en los hechos o en el derecho la obtención de los fines propios que le han adjudicado”. La jurisprudencia europea establece una distinción entre los servicios llamados “universales”, que corresponden a la antigua noción del servicio público y los servicios con valor agregado. Según Moderne “[e]l servicio ‘universal’ es aquel que ejecuta la misión de que está investido sobre el conjunto del territorio, con tarifas uniformes y condiciones de calidad comparables, sin tomar en consideración las situaciones particulares de los usuarios/clientes, ni la rentabilidad económica de las operaciones individuales o particulares que efectúa”**[[248]](#footnote-248)**.

En el Ecuador, la normativa y regulación estatal sobre “servicios públicos” concesionados o privatizados se considera como una figura administrativa intermedia entre los dos extremos: sea la intervención estatal directa en la actividad empresarial, sea la privatización completa. Contemporáneamente en Latinoamérica, las políticas públicas se han inclinado, al menos teóricamente, por el fortalecimiento del “Estado normativo”. Así, las corrientes políticas de fines de los ochenta y los años noventa, en ciertos países con regímenes de derecho público administrativo, resucitaron con enfoques ortodoxos las nociones del servicio público que se encontraban en franca declinación. Por otra parte, en el Ecuador nunca estuvieron en vigencia los enfoques doctrinales del derecho administrativo en su forma clásica ni tampoco de los servicios públicos. La figura de la concesión tuvo en el Ecuador una aplicación esporádica. La legislación de concesiones para hidrocarburos, cedió a figuras más actualizadas como el “contrato de participación”, “el contrato de riesgo”, incluso marcos originales de derecho exclusivamente privado como “el consorcio CEPE-TEXACO”. A inicios de la década de los 90, se expidió la Ley de Minería que establece la concesión minera como acto unilateral del Estado a favor del concesionario. Finalmente, la Ley de Modernización se refiere también a los servicios público y los contratos de concesión, pero al lado de otros contratos del derecho civil y del derecho mercantil, como el leasing, por ejemplo. La Constitución ecuatoriana, que solamente mencionaba como servicios públicos la provisión de agua potable, la generación de energía eléctrica y las telecomunicaciones, incluye en el actual texto reformado de 1998 expresamente como servicios públicos: los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones (Art. 35, 10 de la Constitución). En otro artículo se consideran servicios públicos de obligatoria prestación por parte del Estado: agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y “otros de naturaleza similar” (Art. 249 de la Constitución).

**Elementos jurídicos del servicio público**

En un enfoque tradicional delEstado *moderno, la actividad administrativa puede tender, según* Alessi*:*

a) A la organización jurídica objetiva y subjetiva del ente administrativo (delimitación de las distintas competencias entre los diferentes organismos, designación de los titulares, etc.);

b) A reunir los medios necesarios para el funcionamiento de la máquina estatal y para la consecución de sus fines (medios financieros -en dinero- y medios en especie);

c) A asegurar el orden jurídico y la seguridad social en las relaciones internas y la seguridad en las relaciones exteriores;

d) A procurar una utilidad a los particulares tanto de orden jurídico (como por ejemplo, mediante el servicio de inscripción de hipotecas), como de orden económico social, en relación a las necesidades físicas, económicas e intelectuales de los ciudadanos (por ejemplo, mediante los servicios de transportes, iluminación pública, radiodifusión y otros análogos)**[[249]](#footnote-249).**

El citado autor considera que, en sentido amplio y genérico se habla de servicios públicos para indicar los dos últimos grupos de actividades; y así entendido, sería servicio público toda actividad en beneficio de las colectividades o de los particulares. “Mas, en un sentido técnico y restringido se habla de servicios públicos para indicar las actividades del último de los grupos citados, o sea, las actividades dirigidas a procurar utilidad a los ciudadanos”.

La utilidad se puede manifestar *“uti singuli”*, es decir específicamente en determinados ciudadanos que la reciben. En el otro caso la utilidad genérica se manifiesta *“uti universi”*, sin posibilidad de distinguir la cantidad que cada ciudadano obtiene. Considera Alessi que solamente con referencia a los servicios disfrutados *“uti singuli”* es posible configurar la actividad administrativa como una prestación administrativa**[[250]](#footnote-250)**.

**Definición del servicio público**

Como realidad jurídica el servicio público apenas experimenta un renacimiento en el derecho público ecuatoriano y se podría decir que existió en el derecho administrativo francés en la imprecisa definición de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos. Por tal razón bien puede decir Alessi:

*El concepto de “servicio público”, además de no haberse perfilado ni siquiera sumariamente por la legislación, constituye uno de los más imprecisos dentro del Derecho Público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo* [[251]](#footnote-251)***.***

Duguit definió el servicio público:

*(…) es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante* [[252]](#footnote-252)*.*

En la actualidad algunos administrativistas persisten en rescatar la noción del servicio público, ampliando ilimitadamente su contenido, como hicieron los franceses que seguían a Duguit, como es el caso de los “funcionalistas”, uno de cuyos representantes es el autor argentino Marienhoff, que define el servicio público como:

*(...) toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad esta- tal* [[253]](#footnote-253)*.*

Marienhoff extiende el concepto de servicio público para abarcar toda actividad particular “que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general”. Como consecuencia, se ve en el caso de tener que establecer en manera algo forzada análisis separados cuando entra al estudio de los “caracteres jurídicos” (Cap. II, Tomo II) y del “sistema jurídico” (Cap. III, Tomo II), en cada caso, según se trate de servicios públicos “propios” o “impropios”**[[254]](#footnote-254)**.

Se encuentran cuatro características principales del servicio público en una sentencia del Consejo de Estado Francés**[[255]](#footnote-255)**:

*El servicio público cumple una misión de interés general. Para Ale-ssi* *hay que tomar en cuenta que estas necesidades, son necesidades individuales, pero que se consideran colectivas en virtud de su generalidad e importancia* **[[256]](#footnote-256)***.*

*La administración ejerce un derecho de observación sobre las modalidades del cumplimiento de esta misión de interés general.*

*El organismo encargado de la gestión del servicio público está investido de prerrogativas de poder público.*

*En contrapartida de las prerrogativas, la Administración dispone de un poder de tutela que ejerce respecto al nombramiento de los miembros del Consejo de Administración y, por medio de un Comisario del Gobierno, sobre las decisiones tomadas por los órganos de la gestión.*

En fin, cabe añadir un quinto elemento, que se toma de Alessi:

*El concepto de servicio público implica la idea de prestaciones que encuentran su fin simplemente en el interés público de su ofrecimiento. Sobre esto cabe especificar que la prestación debe ser el elemento esencial de la relación con el particular, para así diferenciarla de alguna otra relación entre el Estado y el particular en que prime el pago del usuario. Adicionalmente, hay que especificar que, con mayor razón se debe descartar de la noción de servicio público, aquellas actividades de la administración que tienen una finalidad económico financiera para el ente público. En fin, las prestaciones tienen que ser hechas en especie*  **[[257]](#footnote-257)***.*

Todos los autores se encuentran de acuerdo en que existen tres reglas que son comunes a todos los servicios públicos: la continuidad del servicio, la igualdad de los usuarios y la adaptación del servicio a las necesidades del público**[[258]](#footnote-258)**. El principio de igualdad ha sido denominado “régimen de cola”, que, al decir de Ariño “se manifiesta en su grado máximo de hacer posible un mismo servicio, a un mismo precio, en todo el país, cualquiera que sea el lugar y el coste de producción; citando adicionalmente Ariño como características el requerimiento de “la habitualidad, la profesionalidad y uniformidad” como “notas de esencia del servicio público”**[[259]](#footnote-259)**.

Según el texto constitucional vigente, corresponde al Estado garantizar que la prestación de los servicios públicos enunciados en el Art. 249 de la Carta Suprema, “respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad”.

Ariño intenta una definición del servicio público tradicional:

*(…) es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la prestación regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social*[[260]](#footnote-260)***.***

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

Para la prestación del servicio por parte de los particulares se requiere la adjudicación de la concesión, contrato administrativo sometido a reglas generales, como son el *ius variandi* (potestad administrativa de modificar unilateralmente las condiciones), la limitación en el tiempo (plazos), la reversión de las instalaciones al Estado al final de la concesión, la caducidad por incumplimiento, la posibilidad del rescate, el requisito de la autorización para la modificación de las tarifas, la posibilidad de la reversión (siempre que exista pacto expreso), la necesidad de autorización administrativa para la transferencia de la concesión. Condiciones todas estas que, evidentemente, deben constar expresamente en el contrato, con antecedentes en la ley y no se pueden presumir o aplicar sin una base legal.

Existen otras actividades que guardan ciertas características del servicio público, llamadas servicios públicos virtuales o impropios, que se caracterizan por desempeñar actividades de interés público especial pero fundamentalmente privadas, dirigida al público, como por ejemplo el transporte público, los servicios hospitalarios, las farmacias. En razón de su relación con el interés público, estas actividades se desarrollan en un régimen de autorización, incluso de reglamentación. En cambio, recuérdese que los servicios públicos solo pueden ser prestados por los particulares mediando un contrato de concesión.

En conclusión, se encuentran las siguientes notas definitorias en el servicio público tradicional, según Ariño:

-Titularidad pública exclusiva –vocación natural al monopolio, esfera de acción originariamente administrativa; ciertas potestades públicas del concesionario (por ejemplo, servidumbres administrativas y expropiaciones a su favor);

-Se requiere concesión previa, o alguna forma de título habilitante;

-Poderes de dirección, vigilancia y control –subordinación al órgano concedente;

-Derechos del concesionario: obtener indemnización, equilibrio económico-financiero;

-Permanencia en el dominio público y continuidad del servicio público con titularidad estatal, con posterioridad a la concesión;

-Mutabilidad, continuidad (o regularidad), igualdad;

Cassagne ensaya nuevos principios y criterios de interpretación del servicio público actual, que serían:

1. Subsistencia de la gestión privada, derivado del principio de subsidiaridad, que impide la reversión;

2. “Flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad específica”;

3. Mutabilidad consensuada del contrato;

4. Potestad tarifaria con base contractual;

5. “Eliminación del poder discrecional de la autoridad concedente”;

6. Proporcionalidad de las sanciones;

7. Procedimientos de regulación consensuada o negociada entre el concedente y el concesionario; y,

8. “El establecimiento de un régimen de responsabilidad contractual frente al Estado y de cara a los usuarios”**[[261]](#footnote-261)**.

Las realidades económicas actuales imponen el modelo del Estado regulador y del llamado nuevo servicio público europeo. El enfoque tradicional –monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme–se presta cada vez más a sectores restringidos de la población. Se sustituye por un mínimo, que hoy se denomina en Europa el “servicio universal”, que equivale de una manera general al servicio público en sentido amplio, incluyendo los servicios públicos impropios y sociales.

La Unión Europea subordina la sustancia de aspectos afianzados en el derecho, como por ejemplo del derecho ambiental y, por supuesto del derecho administrativo, al requerimiento de igualdad de condiciones en la apertura del mercado común, principalmente la competencia. Así, el avance tecnológico y la realidad del mercado ampliado, la moneda común y la imposibilidad de manejar instrumentos arancelarios por parte de los Estados miembros, determina el requerimiento de la liberalización de los mercados.

Toda la regulación se orienta a estandarizar los esquemas administrativos e institucionales y transparentar los insumos y productos de la Administración Pública, frente a los particulares. De ahí se derivan una serie complicada de reglas, que muy poco aportan a la doctrina del Derecho Administrativo, desde la perspectiva de América Latina. Además, América Latina se encuentra sometida por razón de los esquemas de la Banca multilateral de desarrollo (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo) a las visiones de la doctrina estadounidense y en general anglosajona.

La principal característica del llamado *nuevo* servicio público es su sometimiento a las reglas de la competencia, es decir del mercado. Su base legal en Europa son las reglas impuestas por la Unión Europea para la prestación de los servicios públicos, nuevas reglas que, sin embargo, “no los transforman en instituciones diferentes de las conocidas hasta ahora, implantadas conforme a los Derechos de cada uno de los Estados”. Por ejemplo, las normas de la Unión Europea declaran “con carácter general que los principios de la libre competencia no afectan a los servicios públicos de autoridad o a los servicios de solidaridad” **[[262]](#footnote-262)**.

El nuevo esquema del servicio público europeo enfatiza el mecanismo de la *regulación* que, de todas maneras, se ha desarrollado en los últimos treinta años, siguiendo el ejemplo de las entidades reguladoras del Derecho Administrativo estadounidense. Las nuevas entidades reguladoras gozan de una autonomía administrativa creciente y su control se extiende a la prestación de los servicios públicos tanto por instituciones públicas como por empresas privadas concesionarias.

Siguiendo el esquema de Ariño se encuentran como características del nuevo servicio público europeo: Sistema abierto y descentralizado –estilo inglés, seguido en Argentina. Trata de promover la competencia y se limita a proteger intereses de los usuarios –seguridad, calidad y precio– en los casos de monopolio natural. Se abandona el control de costos, tarifas y utilidades. Se prioriza: garantizar la prestación eficiente presente y futura; y establecer niveles adecuados de calidad-precio. Esto se consigue con el necesario “deslinde y separación” de diferentes actividades, para evitar subsidios cruzados. No se trata de mercados perfectos: grandes inversiones, rigidez de oferta y demanda, desigual información, poca competencia. El objetivo ya no es: “dirigir la vida económico-social”, sino que los individuos puedan fijarse sus propios objetivos y trabajar por sus propias metas”.

Continuando con la esquematización de Ariño se definen los principios de los nuevos servicios públicos como “desintegración del sector y separación de actividades” y “régimen jurídico de las actividades competitivas”.

En cuanto al primer principio, Ariño se refiere a la modificación del titular de la propiedad y el nuevo contenido que atribuye al acto administrativo –expansión de la discrecionalidad del acto administrativo. También se caracteríza por funcionar como un sistema abierto, con libertad de entrada, previa autorización reglada. A veces se requiere el cumplimiento de requisitos mínimos de idoneidad. No hay reserva de titularidad del Estado y no hay responsabilidad de éste, salvo para el caso del “servicio universal”.

Otra característica es la desagregación vertical de las distintas fases o segmentos del negocio. Ahí se pueden desglosar las actividades susceptibles de ser “competitivas”, de aquellas no competitivas (“infraestructuras esenciales”, de uso común) con diferentes normativas: separación de actividades es separación de regímenes jurídicos. Ejemplos: petróleo (refinación, transporte), transporte aéreo, correos y adicionales.

La aplicación del segundo principio, consistente en el régimen jurídico de las actividades competitivas, supone:

1. Libertad de entrada de los operadores para la prestación de los servicios;

2. Libre acceso al mercado a través de “la red”, a las infraestructuras –“essencial facilities” – energía (gas, electricidad), telecomunicaciones e informática;

3. libertad de contratación y formación competitiva de precios

4. Libertad de inversión.

Por último se diferencia un régimen jurídico de las actividades no competitivas, caracterizado por:

1. gestión autónoma

2. estatuto jurídico de las redes y acceso de terceros (quién, condiciones, conflictos)

3. no se consideran económicas las nuevas instalaciones.

Doctrina de propiedad vinculada por su destino: propiedades afectas al uso público. Pero solo para “instalaciones esenciales”, no cualquier instalación. Ejemplo del espectro radioeléctrico –dominio público sometido a planificación. Pero la tecnología empieza a superar también este concepto: por ejemplo, la tecnología de la “banda ensanchada” (no se confunda con la “banda ancha”) que no interfiere con otros usos, dentro de ciertos parámetros.

El nuevo “servicio público” de la Unión Europea redefine esta figura con precisas limitaciones a través de las condiciones para las prestaciones del servicio universal. En el servicio esencial universal no hay competencia porque no hay oferta dentro de un régimen de mercado. Contiene ciertas prestaciones dentro de un servicio público amplio: por ejemplo en telecomunicaciones: el llamado servicio básico (la telefonía fija tradicional en contraste con los llamados servicios de valor agregado). No hay reserva a favor de la administración, es decir se los servicios se prestan en un régimen abierto. Así, cuando se impongan cargas o expropiaciones se tienen que pagar indemnizaciones. El Tratado europeo dice que no se puede prohibir la competencia salvo que ésta haga imposible el cumplimiento de las tareas de servicio público –viene a resultar en la eliminación del concepto del servicio público. Ejemplo de la definición eléctrica: calidad, accesible a todos lo usuarios a un precio asequible**[[263]](#footnote-263)**.

**El servicio público en la legislación ecuatoriana**

La noción de servicio público nunca se consideró en el Ecuador un criterio para establecer la competencia de la justicia administrativa, a diferencia de lo que ocurrió en Francia. Según el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la jurisdicción contenciosa administrativa se refiere a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración pública o de las “personas Jurídicas Semi-Públicas”. No se encuentra ninguna referencia al servicio público. Predomina en el derecho ecuatoriano el criterio formal sobre el criterio material. La aplicación de la jurisdicción administrativa no depende —como en Francia— de distinguir si los actos administrativos tienen o no una finalidad de servicio público. En el Ecuador existe jurisdicción administrativa sobre los actos administrativos reglados, excluyéndose los actos discrecionales**[[264]](#footnote-264)**, a pesar de que esta distinción ha sido superada en la doctrina y en la misma jurisprudencia ecuatoriana, sin perjuicio de la norma constitucional que declara la justiciabilidad de todos los actos administrativos. La Constitución dispone:

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 servicio público en la Constitución y en la Ley de Modernización***

La Constitución determina que es “de responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos” (Art. 249), conforme la enumeración que se reproduce líneas arriba. Si bien se incluyen entre las empresas públicas aquellas “creadas (…) para la prestación de servicios públicos” (Art. 118), el Estado puede prestar directamente estos servicios públicos “o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual” (Art. 249), que es un enfoque que atempera notablemente el régimen estrictamente administrativo que caracteriza la figura clásica del servicio público, porque la Ley Suprema introduce expresamente figuras del derecho civil, mercantil y societario.

La reforma y codificación constitucional de 1998, también conserva en forma moderada la referencia a la participación estatal en actividades económicas no consideradas servicios públicos, cuando incluye entre las instituciones públicas a las empresas públicas “creadas (…) para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”.

Resulta claro que el esquema de intervención del Estado en la economía en el Ecuador no responde a un sistema que sea preponderantemente ortodoxo de servicios públicos. En este contexto, la Ley de Modernización del Ecuador, que sigue los lineamientos constitucionales, se encuentra más cerca de conceptos de gestión pública con un limitado elemento de servicios públicos.

Esto se complementa con la clasificación que hace la Carta Suprema de personas jurídicas de derecho público, creadas para las opciones siguientes:

*el ejercicio de la potestad estatal;*

*la prestación de servicios públicos; y,*

*actividades económicas asumidas por el Estado* **[[265]](#footnote-265)**.

Esta posición es cercana a la clásica alternativa contra las tesis de Duguit propuesta por Hariou, quien desarrolló posiciones más matizadas, al decir de Laubadère: según Hariou todavía resultaba útil distinguir entre actos de “potestad pública” y actos de “gestión pública”**[[266]](#footnote-266)**.

La finalidad de la Ley de Modernización es de “establecer los principios y normas generales para regular: c) la prestación de servicios públicos y las actividades económicas (del Estado) por parte de la iniciativa privada (...) y la delegación de los servicios o actividades previstas en el numeral uno del (suprimido) artículo 46 de la Constitución Política de la República” —el articulo equivalente en la Constitución vigente es el Art. 249 ; y “c) [l]a enajenación (...) de la participación del Estado en las empresas estatales (...) o de las mixtas”**[[267]](#footnote-267)**.

Según este enunciado de la Ley de Modernización se conciben las siguientes alternativas, en concordancia con el texto constitucional:

*prestación de servicios públicos*

*actividades económicas del Estado*

*empresas estatales y mixtas* **[[268]](#footnote-268)**.

En concordancia, los servicios públicos citados se pueden “delegar” mediante concesión, lo que se confirma al describir las “modalidades” que pueden ser de “concesión (...) de servicio público”, pero que también pueden ser, en los demás casos que no se traten de servicio público, de:

*aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones*

*arrendamiento mercantil;*

*concesión de uso, (...) o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras reconocidas por el derecho administrativo;*

*venta;*

*transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas* **[[269]](#footnote-269)**.

La Ley de Modernización también considera en el artículo 44 como cosas diferentes “la explotación de recursos naturales” y “la prestación de servicios públicos”.

Así, resulta evidente que la determinación de cláusulas que obligatoriamente deberán incluirse en los contratos de concesión (Art. 46 de la Ley de Modernización) se refiere a esos contratos de concesión para esos servicios públicos enumerados, pero no a otras modalidades descritas.

***La noción de servicio público en el Código de Trabajo***

La Codificación del Código del Trabajo ecuatoriano, al tratar del concepto de empleador (Art. 10), dice que el Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales, “no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público”.

También resulta el concepto de “servicio público” el criterio para la determinación de un régimen especial de huelga: en “*las instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o público*”**[[270]](#footnote-270)**.

Además de las actividades de servicio público se incluyen una vasta serie de labores que más bien se pueden llamar de interés social y de interés público que son prestadas principalmente por entidades privadas:

*Igual plazo deberá mediar entre la declaratoria de huelga y la suspensión de labores, en las empresas de energía eléctrica, agua potable, distribución de gas y otros combustibles, hotelería, bancos privados, asociaciones de ahorro y crédito para la vivienda y entidades financieras, transportes, provisión de artículos alimenticios, hospitales, clínicas, asilos y, en general, de los servicios de salubridad y de asistencia social, empresas ganaderas, agropecuarias y agrícolas, dedicadas a actividades que por su naturaleza demandan cuidados permanentes.*

En consecuencia, la legislación ecuatoriana vigente sí acoge el criterio de que existen cierto tipo de actividades que son de servicio público que, cuando son desempeñadas por personas privadas, requieren la aplicación de ciertas normas de derecho público diferentes que las que se aplican a las demás personas privadas, con la finalidad de defender los derechos de los usuarios a recibir servicios considerados indispensables. En la legislación ecuatoriana éste régimen especial regula el derecho de huelga.

Mas, la mayor parte de estos casos tratan de servicios públicos o más bien de tareas de interés social o de interés público prestadas por empresas privadas. En el sector público no se encuentra más diferencia que la que se encuentra en el sector privado: también en el sector público la única diferencia entre una actividad de servicio público o interés social o público y cualquier otra actividad pública, es un trato diferente para el caso de huelga.

En consecuencia, la noción de servicio público en la legislación ecuatoriana se utiliza:

*para calificar una de las tres clases de entidad pública creadas por ley (las otras dos clases son: las empresas que ejercen la potestad estatal; y las que desarrollan actividades económicas asumidas por el Estado. Art. 118, 5. de la Constitución Política del Ecuador).*

*La Constitución ecuatoriana establece dos regímenes laborales distintos: para las entidades que ejercen la potestad estatal se aplican las normas de la función pública. Para los servicios públicos se debe entender que se aplican las normas laborales, con las excepciones determinadas en la misma disposición.*

La actividad del Estado moderno sobrepasa con mucho el mero servicio público, aunque este continúa ostentando una gran importancia por su alcance social y para el desarrollo de las actividades productivas. La administración de hoy protagoniza el concreto proceso productivo en el que participa a través de unidades operativas de carácter empresarial directamente dependientes de los entes públicos: es el concreto mundo de los sectores nacionalizados y de las empresas públicas **[[271]](#footnote-271)**.

**XXI. La Empresa Pública**

**El concepto de empresa**

El concepto de empresa releva principalmente de la economía. “La empresa es un concepto económico y, en cuanto tal, jurídicamente neutro”, afirma González acertadamente**[[272]](#footnote-272)**. Cuando se busca la ubicación de este concepto en el Derecho, se ve que está relacionado con muchas ramas jurídicas. Según Broseta, el ordenamiento jurídico considera y regula tres manifestaciones esenciales de la empresa:

La empresa es actividad del empresario, o aspecto subjetivo de la empresa.

La empresa es, otras veces un conjunto patrimonial al servicio de aquella actividad o empresa en sentido objetivo.

La empresa se identifica, también, con la comunidad de trabajo presente en su seno entre el empresario y sus auxiliares y empleados**[[273]](#footnote-273)**.

En el Derecho alemán se suele considerar a la empresa desde tres perspectivas distintas: como actividad del empresario, como unidad patrimonial organizada y como comunidad de trabajo o de actividades**[[274]](#footnote-274)**.

**Intentos de unificación del derecho de empresa**

En el día de hoy la empresa ocupa un lugar preponderante en la economía pública y privada y su presencia se manifiesta a través de múltiples situaciones jurídicas. Los juristas, en consecuencia, han visto la conveniencia de contar con un estatuto único para la empresa. Según Garrigues, las principales construcciones jurídicas de la empresa son:

1) La empresa como persona jurídica.- “[L]a personalidad jurídica es el recurso técnico unificador por excelencia”. En efecto, en la legislación ecuatoriana y en muchas otras las sociedades se consideran automáticamente como comerciantes. Claro que el Código Civil ecuatoriano distingue entre sociedades “civiles” e “industriales”**[[275]](#footnote-275)**, considerando solo a estas últimas como comerciantes. Según Ferrara, el Código Civil italiano dispone que en el Registro de Empresas se deben registrar también obligatoriamente las sociedades colectivas, las comanditarias, por acciones, de responsabilidad limitada y las cooperativas, aunque no desarrollen una actividad mercantil**[[276]](#footnote-276)**. La tendencia general es de declaración legal de “mercantil” de ciertos empresarios sociales (sociedades capitalistas), cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que desarrollan**[[277]](#footnote-277)**. Sin embargo, la sociedad no se puede identificar con la empresa sino mas bien con el empresario, dice Garrigues**[[278]](#footnote-278)**.

2) La empresa como patrimonio separado.- Para las teorías patrimoniales, la empresa es un patrimonio separado, es decir un conjunto de bienes que, en interés de un fin determinado, es tratado en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio**[[279]](#footnote-279)**. El derecho y la doctrina alemana califican jurídicamente a la empresa como patrimonio separado. En efecto, todas las teorías distinguen el aspecto patrimonial de la empresa**[[280]](#footnote-280)**.

El derecho civil italiano define la “azienda” como “un conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa”, es decir como algo separado. En igual forma, las diferentes conceptualizaciones de empresa, consideran el patrimonio como un elemento importante pero no como su esencia misma y por lo tanto no resulta procedente identificar ambos conceptos (patrimonio, empresa). Sobre este punto también observa Garrigues que al patrimonio mercantil le falta la nota esencial del patrimonio autónomo que es la separación de responsabilidad. En el caso de las empresas sociales hay ciertamente afectación de un patrimonio a una finalidad mercantil**[[281]](#footnote-281)**.

3) La empresa como universalidad.- Sobre este punto, explica Garrigues que, en realidad, la universalidad de cosas no es un objeto jurídico nuevo que se sobreponga y contraponga a las cosas singulares de que está formada, sino que consiste y existe en ellas, y que el todo no es más que la síntesis constante de la pluralidad indeterminada y variable de sus elementos**[[282]](#footnote-282)**. “La “universitas” supone: una pluralidad de objetos efectivos de derechos que constituyen un conjunto, y que el ordenamiento jurídico los considere subespecie universitatis, dándole un tratamiento jurídico unitario adecuado”**[[283]](#footnote-283)**. Sin embargo de lo cual, “falta (...) en las transmisiones de la empresa el dato característico de las universalidades: la transmisión ipso jure de derechos y obligaciones”**[[284]](#footnote-284)**.

4) La empresa como actividad.- La empresa es todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios. En efecto, la actividad del empresario crea la empresa, pero no es la empresa misma.

5) La empresa como organización.- Se afirma que la empresa es una energía viviente que crea valores, cuya existencia como organización está ligada a la de la persona y al mantenimiento de la explotación**[[285]](#footnote-285)**. La empresa no es sólo un patrimonio: es una creación espiritual del empresario, dice Garrigues.

Como elemento de la empresa, Rodríguez define el “aviamiento” como el producto de la inteligencia humana aplicada a hacer de un conjunto heterogéneo de elementos dispares una combinación apta para la obtención del fin deseado, que es un resultado económico: la prestación de cosas o servicios[[286]](#footnote-286). Sin embargo de lo cual ni la doctrina ni la legislación positiva ha podido dar un tratamiento jurídico unitario a la totalidad de los fenómenos originados en las manifestaciones de la empresa.

**El enfoque jurídico de la empresa**

Así, se pueden caracterizar en la empresa la multiplicidad de elementos existentes: materiales, inmateriales e incluso espirituales, que no se constituyen en una individualidad, sino que mantienen su peculiar naturaleza. La empresa es un conjunto de elementos patrimoniales (cosas, derechos) y de relaciones de puro hecho. Pero no goza de autonomía jurídica**[[287]](#footnote-287)**.

¿Cómo se deben entonces clasificar los elementos de la empresa para efectos de su enfoque jurídico? Para Garrigues existe un concepto jurídico unitario de la empresa, el cual, sin perder su unidad, ofrece tres aspectos o dimensiones distintos:

*[D]imensión subjetiva o dinámica (la empresa es la actividad del empresario), dimensión objetiva o estática (la empresa constituye un bien inmaterial resultado de la actividad del empresario), y dimensión interna o personal (la empresa es una comunidad de personas formada por el empresario y los trabajadores)* **[[288]](#footnote-288)***.*

Esto coincide con lo que dice Broseta: que el ordenamiento jurídico considera y regula la empresa en tres manifestaciones esenciales. En la legislación positiva, este autor cita el Código Civil italiano, que se menciona líneas arriba, el cual regula el trabajo de la empresa, el estatuto del empresario, el Derecho Industrial, las distintas clases de empresas. En un artículo del citado Código Civil italiano se define la “azienda” mas no la “impresa”.

Los mercantilistas han sido los que más han relacionado la empresa con el derecho mercantil, hasta el punto que algunos autores han llegado a identificar el derecho mercantil con el derecho de la empresa. Existen, sin duda, otros elementos esenciales de la empresa que no están sujetos al derecho mercantil. Rodríguez distingue elementos materiales, inmateriales y personales; inmuebles y muebles; derecho de crédito, propiedad inmaterial -nombre comercial, marcas y patentes; personal de la empresa y clientela. Estos elementos relevan no solamente del Derecho Mercantil sino también del Derecho Civil y del Derecho Laboral, además de otros como el Derecho Fiscal; es decir son sujetos del Derecho Público y del Derecho Privado.

Dentro del patrimonio de la empresa se encuentran cosas muebles y cosas inmuebles. Por otra parte, clasifica Garrigues, desde el punto de vista del tráfico, el material del negocio, las mercaderías, el dinero, el utillaje o maquinaria y los inmuebles**[[289]](#footnote-289)**.

El proyecto de Código de Comercio italiano de 1940 seguía la nueva dirección en el campo doctrinal, dando al derecho mercantil la estructura del “Derecho de la empresa mercantil”. El proyecto regulaba la figura del empresario -fuese persona física o jurídica; la hacienda comercial, con sus signos distintivos, la represión de la competencia desleal; los contratos propios de las empresas mercantiles (de Banca, Seguros, Transportes, etc.); los títulos de crédito en cuanto se refieran al ejercicio y actividad de la empresa mercantil y el procedimiento concursal para las empresas en estado de insolvencia**[[290]](#footnote-290)**.

El Código Civil italiano, instaura un tratamiento jurídico-unitario de la empresa entendida como fenómeno económico. No obstante, el propio Código reconoce que la cuestión empresarial pertenece a varias disciplinas jurídicas: la empresa en el Código Civil italiano se identifica con la actividad económica y profesional del empresario para la producción o mediación en el mercado de bienes y servicios**[[291]](#footnote-291)**.

Existe la tendencia a referirse más al empresario que a la empresa, como una fuente más exacta para la identificación del concepto. Según Broseta el mencionado Código Civil italiano dice: “Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada, dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios”. La doctrina italiana mayoritaria considera que la empresa es la actividad profesional ejercida por el empresario por medio de una empresa (hacienda), es decir entendida ésta en su estricto sentido económico**[[292]](#footnote-292)**.

Se concluye que el Derecho trata diferentes elementos de la empresa según diferentes ramas de la legislación y de la doctrina.

**La definición de empresa**

La definición de empresa viene dada económicamente: organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada**[[293]](#footnote-293)**. Broseta cita el Fuero de los Españoles, aprobado por ley del 17 de julio de 1945, que decía que “[e]l Estado reconoce en la empresa una comunidad de aportaciones de la técnica, la mano de obra y el capital en sus diversas formas (...)”**[[294]](#footnote-294)**.

Es decir que existe acuerdo para considerar en la empresa: a) los factores de la producción; b) la organización; c) el empresario; y, d) el afán de lucro. Esto último ha sido debatido más recientemente por las nuevas teorías de la Administración de Empresas (Management) que consideran que la empresa no puede definirse o explicarse en término de utilidades: Drucker dice que la “utilidad y lucro son, sin embargo cruciales (...). Mas el lucro no es el propósito, sino el factor limitante de la empresa y de la actividad empresarial”**[[295]](#footnote-295)**.

Adicionalmente Galbraith, en “El Nuevo Estado Industrial”, expresa el criterio de que antes que utilidades la meta de la “tecnoestructura” es de conseguir la máxima tasa de crecimiento[[296]](#footnote-296). Sin embargo, para Ernest Mandel, en su introducción al primer volumen de *El Capital* de Marx, el crecimiento resulta esencialmente una función de la utilidad y la acumulación de capital puede resultar en último análisis solamente de la producción y efectivación de la plusvalía**[[297]](#footnote-297)**.

A diferencia de los matices expuestos, relativos a la cuestión de incluir o no a la utilidad como característica esencial de la empresa, hay otros factores de la empresa sobre los que sí existe unanimidad. Resulta claramente una condición esencial de la existencia de la empresa: el ejercicio de la actividad empresarial en forma profesional. Wieland, más bien se refiere al volumen de la actividad como criterio de la mercantilidad**[[298]](#footnote-298)**, por lo que entienden algunos autores que lo que determina el carácter de la empresa es la producción en masa.

Pero se puede afirmar con Asquini que no basta que la actividad empresarial tenga por objeto la producción de bienes o servicios, sino que es preciso que estos bienes o servicios se produzcan para el intercambio, como resulta del requisito de la profesionalidad**[[299]](#footnote-299)**.

Por lo que se concluye que el concepto de empresa cuenta con los siguientes elementos indispensables:

1) Empresario;

2) Capital;

3) Patrimonio;

4) Trabajadores;

5) Utilidades;

6) Intercambio mercantil;

7) Clientela.

Sobre estos elementos tienen injerencia tanto el Derecho Público como el Privado: en el primero, el derecho fiscal, laboral, de seguridad social, la legislación de defensa del consumidor. En el derecho constitucional ecuatoriano se encuentra la garantía de la defensa del ambiente -que las empresas deben respetar.

En el Derecho Privado, tienen jurisdicción el derecho mercantil, societario, financiero, civil e industrial.

**Origen de la “publicidad” en la empresa pública**

Una primera aproximación de la Empresa Pública la debe contemplar como una parte importante de la actividad económica estatal, que se ha definido como “toda actividad organizada para la producción o el cambio de bienes y de servicios, sin importar que se desarrolle con las formas del derecho público o del privado, se dirija a conseguir una ganancia o simplemente a satisfacer determinadas necesidades”**[[300]](#footnote-300)**. Más adelante se sistematizarán las actividades económicas que realiza hoy el Estado.

En las páginas anteriores se hizo un análisis de los aspectos jurídicos de la “empresa”. Corresponde ahora hacer lo mismo con el concepto “empresa pública”. Es decir, cabe preguntarse qué es lo que altera o adiciona al concepto de empresa el añadirle el término de “pública”. En primera instancia, para el jurista, su formación lo inclina a considerar que en efecto la Empresa Pública es aquella empresa sometida al Derecho Público. Esto resulta indiscutible en el caso de empresas personas jurídicas de derecho público o en las empresas que forman parte de la estructura de la Administración Pública, como dependencias, sin personalidad jurídica. Quedarían excluidas, sin embargo, las empresas de propiedad del Estado bajo la forma de sociedades anónimas y las que se constituyen como compañías de economía mixta -en asociación con los particulares. Estas compañías están sometidas en el Ecuador a la Ley de Compañías y por lo tanto al derecho privado. ¿Cabría extender la denominación de públicas a este tipo de empresas?. Algunos autores se inclinan por la respuesta afirmativa. Para García-Trevijano Fos esta aparente inconformidad que se produce en el sector público entre el punto de vista económico y el jurídico ocurre al ubicar “las sociedades de ente público en el campo jurídico privado y en cambio en el sector público económico”**[[301]](#footnote-301)**.

Hay que recordar que cuando se trató del concepto de empresa se dijo que “releva principalmente de la economía”. Esta íntima vinculación de los aspectos económicos y jurídicos se manifiesta igualmente compleja cuando se pasa de la simple empresa a la empresa pública. En el caso de las empresas de propiedad total o parcial del Estado sujetas a la Ley de Compañías, ellas están sometidas al Derecho Privado, pero en cambio sus capitales son públicos -total o parcialmente.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es indudable la ubicación en el Derecho Privado de las compañías anónimas de capitales públicos y de las compañías de economía mixta. Como dice García-Trevijano al referirse a este tipo de empresas: “desde el punto de vista jurídico, el sector público ha terminado, pero desde el punto de vista económico incluimos todavía las llamadas sociedades nacionales (así denominadas en España, equivalentes a las compañías anónimas de capitales públicas en Ecuador)”**[[302]](#footnote-302)**.

Por otro lado, incluso las empresas que son personas jurídicas de Derecho Público o que forman parte de la Administración Pública, como dependencias, sin personalidad jurídica, tienen como únicos elementos de derecho público sus aspectos organizativos y la sujeción al ente público del que dependen; por lo demás, dice Ramón Martín Mateo, “el régimen jurídico general de las empresas públicas es el del Derecho Privado”[[303]](#footnote-303), lo que se debe entender aplicable a las empresas del Estado sometidas a la legislación societaria.

¿Bajo qué criterio, entonces, los juristas han aceptado la denominación de públicas para empresas sometidas principalmente al derecho privado? Refiriéndose a las empresas de propiedad del Estado, sometidas a las leyes de sociedades privadas, Cotino ha observado que el reducir el fenómeno de la participación pública en la empresa privada a un accionariado ordinario significaría atender sólo al aspecto morfológico y no al sustancial[[304]](#footnote-304). Esta concepción contiene la idea de que no es posible siempre quedarse en las apariencias formales de la compañía por legales que las mismas sean, y que en ocasiones especiales tendremos que “desestimar” y observar detrás del “velo corporativo” la realidad subyacente, que en este caso es el Estado. Es unánime entre los tratadistas italianos la aceptación de que la empresa pública es aquella cuya titularidad real es, en definitiva, reconducible a un ente público**[[305]](#footnote-305)**. Así, Saraceno afirma que “la empresa es pública si el sujeto económico es una persona jurídica de derecho público”[[306]](#footnote-306). Y más explícitamente afirma Ottaviano que “la naturaleza pública del ente económico estará en relación con su posición de dependencia respecto de otro ente -lo más frecuentemente de naturaleza política”**[[307]](#footnote-307)**.

**La cuestión de las denominaciones de las Empresas del Estado**

A pesar de los antecedentes expuestos, no deja de causar cierta incomodidad a los juristas este uso extensivo del término “público” a toda clase de empresas del Estado. De ahí que en España se denominan Empresas Nacionales a las constituidas por el Estado en sociedades anónimas con participación estatal parcial o total -sociedades anónimas con un solo socio, otra circunstancia que incomoda a muchos juristas- de acuerdo con la Ley de 1958 sobre Entidades Estatales Autónomas. En 1964, el Presidente del Instituto Nacional de Industrias (INI) Sirvent en España, defendía de la crítica a la denominación de “Empresa Nacional” de quienes propugnaban su sustitución por el término más generalizado de “Empresa Pública”, diciendo justamente que “no dejaría de ser en cierto modo paradójica la aplicación de un régimen jurídico privado a una empresa pública”**[[308]](#footnote-308)**.

Adicionalmente, también hay que advertir ciertos condicionamientos que hacen muchos autores sobre el calificativo de públicas para las empresas que son compañías sujetas a la legislación de compañías privadas cuando participan en ellas particulares como accionistas, en compañías que se llaman en Ecuador “compañías de economía mixta” o simplemente mixtas y compañías anónimas en que participan capitales públicos y privados conjuntamente. Algunas legislaciones disponen la obligatoriedad de asegurar el control del Estado, aunque fuera de fiscalización para autorizar la participación minoritaria del Estado en tales compañías. Se ha manifestado que cuando no existe un control interno de la empresa con procedimientos exorbitantes del Derecho Privado; cuando la participación accionaria del Estado no es mayoritaria, no se podría hablar de empresa pública sino tan solo de un simple “patrimonio fiscal”**[[309]](#footnote-309)**. Es claro que no siempre la participación accionaria del Estado convertirá a la compañía en “estatal”. Es un error que se incurría en un documento oficial de la extinguida Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo (SENDA) que atribuyó el calificativo de estatales a empresas privadas, de capitales privados, donde el Estado resultaba tener una participación marginal**[[310]](#footnote-310)**. Entonces se trataría más bien de la figura del “patrimonio fiscal” o, en el mejor de los casos, del “accionariado gestor”, que según Manzanedo, tiene por finalidad conseguir el control de la empresa mediante técnicas privadas y no a través de potestades administrativas (vía de imperio). Según Villar Palasí, el accionariado fiscal supone inversiones que convierten al Estado en accionista de una empresa sin darle control en ella. En este caso lo que puede interesar al Estado son las oportunidades puramente fiscales de obtener ingresos que obtiene a través de sus derechos patrimoniales. El accionario fiscal, dice Manzanedo, también permite: la sustitución del sistema de subvención, la valoración de las aportaciones en natura de la Administración y la recaudación por procedimientos de Derecho Privado de verdaderos impuestos al consumo. En fin, una forma inferior de accionariado fiscal es la participación fiscal del Estado en los beneficios repartibles de la empresa**[[311]](#footnote-311)**.

Se puede establecer, entonces, un concepto estricto de empresa pública, que abarcaría solo aquellas que tienen personalidad jurídica de derecho público o las que sin tener personalidad jurídica, son parte de la Administración Pública como dependencias o unidades administrativas; y un concepto amplio, que abarca aquellas empresas constituidas como compañías, sujetas a las leyes de compañía: tanto las sociedades anónimas en las cuales el Estado tiene la exclusiva propiedad como las sociedades mixtas; ambas clases de sociedades sujetas al derecho societario. Estas divisiones presentan una variedad de “modelos empresarios”, en algunos de los cuales no siempre participa el Estado mayoritariamente o están sometidos principalmente al derecho privado; por lo que Dromi ve la conveniencia de emplear la denominación genérica: “empresa pública”, con sus distintas especies “estatales” o “no estatales”**[[312]](#footnote-312)**. Pero, como dice Consuelo Sarria refiriéndose al Derecho Administrativo Colombiano, esta división de género a especie no está consagrada en la legislación positiva, ni ha sido adoptada por la doctrina y se habla indistintamente de empresas públicas y de empresas del Estado**[[313]](#footnote-313)**.

Por las consideraciones expresadas en este capítulo, en esta obra se denominan empresas públicas a las empresas sometidas al Derecho Público, tengan o no personalidad jurídica de Derecho Público. Las empresas de propiedad del Estado o de capitales mixtos, sometidas a la Ley de Compañías se denominan por su nombre: compañías de economía mixta y compañías anónimas de capitales públicos o públicos y privados conjuntamente. El término común para todas estas empresas es de “empresas estatales”.

**El sector público como empresario**

El hecho de que la “empresa pública” se considere tal en razón de que su titular sea una entidad pública lleva a la consideración de que tal entidad pública, por su parte, debe ser considerada “empresario” por tener por objeto el ejercicio de una empresa**[[314]](#footnote-314)**. Al tratar de la empresa, se consideró la actividad del empresario como su dimensión subjetiva o dinámica. Hablar de empresa es forzosamente hablar de empresario; y hablar de empresa pública es hablar forzosamente de empresario público.

Al hablar de empresa se citó el derecho italiano, que define: “Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada, dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios”**[[315]](#footnote-315)**. Pero, hay autores que afirman que la profesionalidad del empresario se adapta solo a las personas físicas y que los sujetos de derecho público no pueden adquirir el carácter de profesionalidad. De aceptar ese presupuesto sucedería que la empresa no tendría empresario, lo que es inaceptable; o habría que negar la existencia de la empresa, ya que ella no puede existir sin empresario**[[316]](#footnote-316)**. Para Arena, todo sujeto de derecho puede desarrollar una actividad económica organizada, pero existen algunos que no pueden desarrollarla de modo profesional, entre los cuales menciona al Estado, las provincias, los municipios, es decir aquellas personas jurídicas consideradas “necesarias”. La razón que aduce es que su fin social es inconciliable con el fin económico propio del empresario. Además, cita la ley para expresar que podría ser empresario el ente público que tiene por objeto exclusivo o principal el ejercicio de una actividad comercial. Mas, el artículo citado, que dice en sustancia que es empresario el ente público que tiene por objeto exclusivo o principal el ejercicio de una actividad comercial, establece esta definición para indicar los entes públicos que están sujetos a la obligación de inscripción en el registro de las empresas. Lo que hace el título es excluir de la obligatoriedad de la inscripción a los entes públicos necesarios -que, aunque ejerzan la actividad empresarial, nunca lo hacen de un modo exclusivo o principal**[[317]](#footnote-317)**. Galgano coincide con este punto de vista, señalando que en la legislación italiana son consideradas empresas, incluso las actividades económicas desarrolladas por los entes públicos en forma no exclusiva y ni siquiera principal. Además observa que “ejercicio de la empresa” equivale a “titularidad” es decir comporta la cualidad del empresario**[[318]](#footnote-318)**.

En vista de la realidad de su existencia, la doctrina se ha inclinado a aceptar la calidad de las entidades públicas como comerciantes. “La creación de una categoría nueva de comerciantes públicos, dice Rivero, propuesta por el Decano Vedel, parece la única capaz de tomar en cuenta a la vez la comercialidad esencial de estas empresas y las restricciones a esta comercialidad por el derecho público**[[319]](#footnote-319)**. Se ha aceptado la noción del Estado empresario, o mas bien el Estado co-empresario, con expresión de Carnelutti, mas se debe entender que no es un empresario o co-empresario cualquiera, sino un Estado co-empresario “que interviene con el peso de sus fines, de sus motivos, de sus orientaciones, en la gestión de la empresa”**[[320]](#footnote-320)**. Ahora bien, esta calificación de comerciante público no implica necesariamente aplicabilidad de todas las normas del Código de Comercio a las empresas públicas: “su tratamiento entraña derogaciones de esas normas, en atención al origen público y a la finalidad última de las actividades de las empresas, llegando a afirmarse que, si bien ellas son comerciantes, lo son “públicos”**[[321]](#footnote-321)**. Entre las disposiciones legales mercantiles no aplicables se cita especialmente la quiebra, que en ningún caso se aplica a las empresas públicas; suele citarse también la no obligatoriedad de inscribirse en el registro mercantil**[[322]](#footnote-322)** o en un registro de empresas; pero esto, se dijo más arriba, sí es obligatorio para las empresas públicas en Italia**[[323]](#footnote-323)**. Sobre este tema varían las leyes de un país a otro.

Da la impresión, sin embargo, de que a veces se ha abusado de este régimen de derogaciones del derecho común, hasta el punto en que se encuentran entes que, si bien han dejado la esfera del derecho público en muchos aspectos, tampoco han sido integrados adecuadamente en el derecho privado; derecho privado cuyas normas han sido justamente establecidas para guiar convenientemente las empresas en el cumplimiento de sus objetivos. De modo se encuentran empresas públicas que son ineptas para cumplir su cometido. Por eso se puede coincidir parcialmente con Arena cuando manifiesta:

*Afirmo, pues, que todos los entes públicos empresariales deberían estar obligados a la inscripción en el registro de empresas (registro de la empresa de la cual es necesaria la actuación integral, que se espera desde 1952); deberían estar obligados explícitamente a la posesión y conservación de los libros y de las escrituras contables; deberían en cuanto a las relaciones con los propios dependientes, estar exclusivamente disciplinados por las normas sobre el empleo privado y, por tanto, estar sujetos a la jurisdicción ordinaria para evitar todo conflicto de dirección entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado; deberían estar sujetos a las normas penales previstas por los artículos 2621 y siguientes CC; deberían estar sujetos a todos los procedimientos concursales y en especial a la quiebra* [[324]](#footnote-324)**.**

Pero no parece conveniente aplicar los principios de la quiebra a las empresas públicas, porque en virtud del principio de la “desestimación” de la personalidad jurídica, incluyendo la personalidad jurídica de derecho público, al que se ha hecho referencia anteriormente, detrás de las personas jurídicas de derecho público está el Estado, que es su verdadera realidad. El Estado, así como tiene sus prerrogativas y potestades, también se encuentra en el imperativo de responder ilimitadamente de sus acreencias con los particulares, aunque éstas hayan sido contraídas por interpuesta persona -en el caso, una empresa pública. En cuanto a las demás recomendaciones de Arena, ya es tiempo de dar a las empresas públicas un régimen más acorde con su desempeño empresarial.

En el Ecuador se ha retrasado demasiado la necesaria imposición a las empresas públicas de la contabilidad mercantil, con la obligatoriedad consiguiente de llevar los libros que la ley dispone para las empresas privadas, y aun otros libros, no exigidos por el Código de Comercio, pero de uso corriente en las grandes empresas privadas. También es clamorosa la promoción que hacen regularmente empresas públicas y empresas estatales ecuatorianas sobre supuestas utilidades, que no consideran aspectos contables elementales como integración de capitales, intangibles, intereses, amortizaciones, reposición, cálculo del precio de las concesiones, derechos etc., sino que consideran la simple resta de ingresos menos egresos para llamar “utilidades” al remanente.

A propósito del tema de los entes públicos solo queda añadir que se considera oportuna la observación de Valero: el término “forma de empresa”, implica la organización jurídica del empresario -titular de la actividad económica- y no de la empresa directamente. Las “formas de empresa” se refieren directamente al aspecto subjetivo de la empresa, es decir a su titular, el empresario**[[325]](#footnote-325)**.

**El lucro y la economicidad en la empresa pública**

Se debate hoy si el lucro es parte esencial de la empresa. Si el lucro resulta ser una parte esencial de la empresa a secas, también deberá ser un elemento de la empresa pública. En general, cuando se trata de empresa desde el punto de vista económico, se la considera como la organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada (Garrigues)**[[326]](#footnote-326)**, fin denominado también “de lucro”. Ahora bien, autores como Galgano, consideran “irrelevante” en el derecho contemporáneo el antiguo requisito del ánimo de lucro**[[327]](#footnote-327)**. Arena señala el Código Civil italiano, que se ha citado anteriormente, para observar que en sus disposiciones no se exige el requisito del lucro de la empresa. Según Arena el lucro es extraño al concepto jurídico de empresario. Tal resultado hace surgir la duda de si el propósito lucrativo forma parte del concepto jurídico de profesionalidad o, en cambio, más generalmente forma parte del concepto económico de empresa, solución esta última por la que se inclina el autor citado**[[328]](#footnote-328)**. Meilán estima que no es indispensable para la actividad económica de la empresa pública que exista un beneficio o que el motor sea la obtención de lucro**[[329]](#footnote-329)**.

En este tema es aceptable, desde el punto de vista económico, coincidir con los marxistas en que la exigencia de la acumulación del capital en la sociedad capitalista se produce por medio de la maximización de las utilidades, sea a corto plazo -en el capitalismo competitivo-, sea a largo plazo en el capitalismo monopólico. Esto no tiene que suceder forzosamente en la empresa pública, pero bien observa Ottaviano, que “si el organismo destinado a la producción de bienes o servicios para el mercado, debiese obrar sistemáticamente de modo contrario al normal comportamiento empresarial, el Estado no lograría el intento de disponer de empresas que se uniformasen a sus directrices, ya que precisamente faltarían las empresas”. Por supuesto que el Estado tiene entre sus legítimas funciones el establecimiento de entidades de “protección social” que, además son históricamente anteriores a las instituciones estatales de producción. Tales establecimientos no cumplen, según Galgano, el requisito de la actividad económica profesionalmente ejercitada. Esto es así aunque tales entes públicos desarrollen sus actividades de prestación de servicios según los esquemas empresariales y aunque estas actividades puedan ser consideradas “económicas”, porque proveen del capital de gestión de distinta manera con la retribución de sus propios servicios, que prestan gratuitamente, o en cualquier caso, por un precio manifiestamente insuficiente para cubrir su coste de producción**[[330]](#footnote-330)***.*

El autor citado contrapone, a este propósito, la “hacienda de producción” a la “hacienda de distribución”. La primera se distingue por alimentarse de sus propios productos y tender a conservar invariable el capital empleado, en lugar de distribuirlo.

A pesar de todo lo cual, un vistazo a las actividades empresariales ejercidas por los Estados contemporáneos permitirá encontrar en todos ellos, sistemáticamente, determinadas empresas que se considera deben trabajar subsidiadas continuamente. Eso es cierto especialmente en las empresas que prestan servicios públicos, de las cuales son un buen ejemplo las empresas públicas de transporte. Pero en estos casos, se afirma, parece más que obvio que el Estado deberá contribuir al presupuesto de la empresa con un valor por lo menos equivalente a las pérdidas sufridas**[[331]](#footnote-331)**.

Todo lo cual no obsta para considerar como requisito razonable de la empresa pública el que deba procurar obtener la máxima ventaja, acorde con el principio denominado de “economicidad”. Por lo menos dos disposiciones legales italianas hacen referencia a la exigencia para empresas públicas de actuar de acuerdo con este criterio de economicidad, que no se ha definido. Cotino dice que ha sido entendido en varias formas, muchas de las cuales “no se identifican necesariamente con el concepto de máxima ganancia”, y cita entre varios conceptos: rentabilidad, productividad; lo que no resulta incompatible, a su parecer con “la persecución de interés público”. Bachelet menciona como uno de los posibles equivalentes de economicidad la “racionalización”, definida como “la adecuación de los medios empleados a los fines que le han sido establecidos”**[[332]](#footnote-332)**. Silva Muñoz distingue la empresa privada de la pública, en cuanto a que esta última no produce “rentabilidad capitalística”, lo que no impide que sea organizada en vista a la consecución de los costes unitarios más reducidos**[[333]](#footnote-333)**.

Según otro autor, se ha juzgado, más limitadamente, co-esencial al concepto de empresa, no tanto la obtención de una ganancia, como la idoneidad de la misma para cubrir los costos de producción**[[334]](#footnote-334)**.

En la posición opuesta, no faltan autores que niegan que la empresa pública pueda o deba tener utilidades, en vista de sus finalidades de utilidad pública. No resulta un criterio que pueda fundamentarse fácilmente. Ni un acendrado administrativista partidario del criterio tradicional de servicio público como es Marienhoff sostiene un enfoque semejante. Este autor cita a García-Trevijano Fos, para quien lo que diferencia a la Administración de un particular es que la “devolución del lucro” se dirige a fines de utilidad general, y añade:

*(...) cuando la actividad la ejerce la Administración Pública –re-presentante del pueblo– el beneficiario de ese lucro es el pueblo, porque la actividad de la Administración Pública tiende a lograr el bienestar de éste. Siempre hay un beneficiario de ese lucro: el individuo particular en un caso; el pueblo en el otro caso, pero siempre dicho beneficiario es aquel en cuyo nombre se ejerce la actividad correspondiente. No hay entonces diferencia sustancial en la actividad comercial o industrial cuando ella es ejercida por el particular o por la Administración Pública* **[[335]](#footnote-335)***.*

El lucro es, por otra parte, el único o por lo menos el más importante criterio de la empresa privada moderna de cumplimiento de los fines establecidos. Drucker sostiene que el más poderoso estímulo para las empresas privadas es la circunstancia de que ellas reciben sus ingresos siempre que satisfagan a sus clientes. Por otro lado, las instituciones que no dependen de los ingresos, sino de un presupuesto otorgado por el gobierno central, tienen tremendas dificultades para desarrollar eficiencia y control de costos**[[336]](#footnote-336)**. En otras palabras, Ottaviano manifiesta:

*Añádase todavía que, puesto que el beneficio conseguido mide la eficacia de la empresa, el operador económico público demostrará haber gestionado bien la empresa a él confiada, consiguiendo la máxima ganancia compatible con las directrices dadas por los poderes públicos* **[[337]](#footnote-337)***.*

Mas, este lucro o beneficio en ningún caso se debe confundir con el de la empresa privada como algo que la empresa pública ha ganado para sí exclusivamente y para su personal. No cabe, dice Pasquale Saraceno, que las empresas públicas sean consideradas como instrumento de redistribución a favor de un grupo limitado de trabajadores de la renta conseguida con el concurso de la restante masa trabajadora**[[338]](#footnote-338)**.

Para compensar esta carencia de las ineluctables orientaciones que impone el mercado al desarrollo de la empresa se ha propuesto como alternativa: “conocer y juzgar los resultados de su acción, esto debe permitirle de ejercer sobre su propia organización una ‘presión’ análoga a la que el mercado ejerce sobre la organización de las empresas. Para ser real, esta presión debe venir a la vez del exterior -los ciudadanos tienen el derecho y el deber de pedir cuentas a su administración- y del interior: los funcionarios son responsables de la pertinencia operacional de las acciones públicas”**[[339]](#footnote-339)**. Es un enfoque interesante, pero finalmente no resulta en nada nuevo y la comparación con el mercado parece inapropiada.

Las consideraciones establecidas sobre el tema del lucro y de la economicidad concuerdan sustancialmente con los resultados del Informe Nora sobre la gestión de las empresas públicas en Francia, al que hace referencia Vedel, según el cual tal gestión “debe hacerse teniendo en cuenta el coste real, precio de mercado, recurrir a la autofinanciación (y por tanto, al beneficio) o a la financiación por el mercado de capitales”. Y en fin, “atendiendo siempre al interés general, las empresas públicas deben buscar la rentabilidad”**[[340]](#footnote-340)**.

**Participación de la empresa pública en el mercado**

En las páginas anteriores se ha discutido si los entes públicos pueden ser empresarios y si el lucro o persecución de beneficios son requisitos de su profesionalidad. Quedaría por dilucidar un aspecto no menos importante que aquellos relacionados con la calidad de empresario y de empresa pública: ¿Resulta un requisito de la calidad de empresa pública su producción para el mercado?

En primer lugar, recuérdese que han existido en muchas dependencias de la administración central unidades de producción de bienes y servicios, desde una pequeña imprenta y una imprenta nacional, hasta una fábrica de estructuras metálicas que, sin embargo, se diferencian del común de las empresas públicas en que sus bienes y servicios no son producidos para el mercado sino que son consumidos internamente por la misma administración. Se ha manifestado que no es imprescindible que tales actividades se dirijan al mercado[[341]](#footnote-341). Mas, se vio en otra parte al tratar de la empresa, que según Asquini no basta que la actividad tenga por objeto la producción de bienes o servicios, sino que es preciso que estos bienes o servicios se produzcan para el intercambio**[[342]](#footnote-342)**. Se debe aclarar que este requisito no precisa que las empresas estén o deban estar obligatoriamente sometidas a las leyes del mercado, sino que lo que ellas produzcan debe salir fuera del ámbito de la administración**[[343]](#footnote-343)**. La razón que se ha dado ha sido que “la asunción de riesgos es un elemento tan esencial en la noción de empresa, que cuando los riesgos no existen, no hay empresa”. A este tipo de actividades de prestación interna de servicios administrativos se les ha negado inclusive que tengan la calidad de un servicio público, porque según Guaita, para ser consideradas servicios públicos deberían ser prestadas a favor de terceros; en este caso, efectuando la Administración estas actividades a favor de sí misma, no se las puede considerar ni siquiera servicios, pues servicio es la prestación o actividad de una persona en beneficio de otra**[[344]](#footnote-344)**.

En consecuencia, la empresa pública, para ser considerada como tal, debe prestar sus servicios, por lo menos en una parte significativa de su producción para el mercado.

**Régimen jurídico de la empresa pública**

***Introducción***

El régimen jurídico de la empresa pública consiste en la suma de normas legales que le aplican. Estas normas se catalogan según la materia a que pertenecen. Así, se puede hablar del régimen jurídico laboral, contractual, tributario, etc., de la empresa pública.

Sin duda que la confusión que existe en este tema surge cuando se entra en la principal división del derecho, como la concebían los romanos: Derecho Público y Derecho Privado.

Se ha visto cómo, con el paso del tiempo, especialmente durante el siglo XX, aquella tradicional división entre Derecho Público y Derecho Privado se vio ciertamente afectada en su claridad y sobre todo en los límites de la separación entre una y otra rama. Así, Albi, al hablar de la crisis del concepto de servicio público, quien decía que la clásica distinción entre Derecho Público y Privado se complicó progresivamente hasta llegar al punto en que ambos se superponen y se entrecruzan, sin posibilidades de diferenciación científica, de sometimiento a reglas generales**[[345]](#footnote-345)**.

No obstante, hay suficientes elementos de juicio para mantener la diferencia entre Derecho Público y Derecho Privado: en general se conoce que las disposiciones legales que rigen la estructura y funcionamiento de la administración del Estado pertenecen al Derecho Público. Por otra parte los negocios de los particulares se rigen por el Derecho Privado.

Tal es un enfoque claro a nivel general, que se difumina en su aplicación a las diferentes instituciones y actos del derecho público y del derecho privado. Justamente, se pone como ejemplo el de la empresa pública para ilustrar una situación en que la clásica diferencia entre derecho público y derecho privado disminuye su validez, o en que por lo menos las reglas clásicas de la aplicación tienen mayores excepciones. Por tal razón resulta especialmente útil para el presente estudio detallar el régimen jurídico de la empresa pública.

***Aplicación de las leyes en las Empresas Públicas***

Tal como se estableció en la primera parte de esta obra, en las entidades adscritas y en las autónomas se aplican las mismas leyes que en las dependencias del Estado. Las empresas públicas en el Ecuador –es decir aquellas con personalidad jurídica de derecho público— pertenecen al grupo de entidades adscritas o entidades autónomas. En consecuencia, en el Ecuador, las normas jurídicas aplicables a las entidades públicas, sean adscritas o autónomas, aplican igualmente a las empresas públicas.

Con excepciones puntuales, se puede afirmar que las empresas públicas están sujetas absolutamente a las mismas normas de derecho público que las otras entidades adscritas y autónomas y dependencias del Estado. A nivel presupuestario, se distinguen las empresas de las dependencias públicas, en que las empresas están autorizadas legalmente para percibir ingresos directamente a sus propios presupuestos, en las partidas correspondientes, mientras que las dependencias del Estado no lo pueden hacer y cualquier rubro que se les pague deberá aplicarse a la Cuenta Única del Tesoro Nacional, aunque existen excepciones a este principio general.

**El Régimen Patrimonial de las Empresas Públicas**

Sobre el asunto de los bienes de la empresa pública y su propiedad manifiesta Silva Muñoz que se dibujan dos tendencias doctrinalmente:

*...(Una) que, siguiendo una tradición del Derecho público francés que hace del Estado personificación jurídica de la Nación, entiende que las empresas públicas son bienes nacionales, y el derecho de propiedad pertenece por entero al Estado; y de otra parte, la que otorga esa propiedad a personas jurídicas públicas en general sometidas a cierta orientación estatal en determinados aspectos, reglados como exigen las más elementales normas de seguridad jurídica, pero con independencia de las cuentas estatales y autonomía jurídica y patrimonial* **[[346]](#footnote-346)***.*

La una doctrina sostiene que la propiedad de la empresa pública pertenece al Estado. El papel que correspondería a la empresa pública sería de gestora, usufructuaria, arrendataria por tiempo ilimitado. La otra teoría estima que los entes públicos distintos del Estado pueden ser titulares plenos de la propiedad sobre la empresa pública.

Este último enfoque parece reseñar más adecuadamente el estado de las sociedades mercantiles sujetas al derecho privado, constituidas por entes públicos, en los que la discusión se ubicaría en la disyuntiva: ¿Pertenecen las acciones de tales sociedades mercantiles, en último término, al Estado o a los mismos entes públicos que las constituyeron y que tienen en su poder tales acciones? No obstante, esta interrogante, aplicada, *mutatis mutandi*, a la situación de la empresa pública, refleja una cuestión que vale la pena dilucidar.

En esta disputación, encontramos un origen casuístico, proveniente de un dictamen del Consejo de Estado francés que estimó que los bienes de las empresas confiscadas a raíz de la conclusión de la II Guerra Mundial, pertenecen al Estado, solución que no es admitida por todos los autores**[[347]](#footnote-347)**. Marienhoff cita a Vedel, quien discrepa con el mencionado dictamen del Consejo de Estado, estimando que los bienes corresponden a las respectivas empresas. Dice a continuación Marienhoff: “Los bienes de que disponen las empresas del Estado no son propiedad de ellas; trátase simplemente de bienes que integran el patrimonio 'afectado' al cumplimiento de los fines de la entidad. Su propiedad es del Estado”. Cita a continuación a la Corte Suprema argentina que, refiriéndose al alcance del derecho de las entidades autárquicas sobre los bienes que les han sido afectados, dijo que el otorgamiento de esos derechos patrimoniales “no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada”. Agregó también que, con prescindencia de la voluntad legislativa, tales entidades carecen de atribuciones para acceder o desconocer la enajenación de esos bienes por acto del Gobierno Nacional**[[348]](#footnote-348)**.

Cabe preguntarse si tal enfoque sería aplicable en Ecuador y se contesta que no. En la legislación argentina, como se ha visto, el Ejecutivo está facultado para constituir empresas públicas; no en el Ecuador –no por lo menos empresas públicas con personalidad jurídica de derecho público. En aquel país, se discute si la función legislativa está facultada para crear empresas públicas, lo que en cambio es indisputable en Ecuador. Sólo el Congreso puede crear empresas públicas —entidades con personalidad jurídica de derecho público en el Ecuador, conforme la definición establecida en páginas anteriores.

Si efectivamente, en último término, la propiedad de la empresa pública pertenece al Estado, operacionalmente en cambio esa propiedad está afectada a la empresa y hasta que el Congreso Nacional no disponga de otra forma, la gestión de los bienes continuará en manos de la empresa pública, con todas las consecuencias que de ahí se derivan. Una de estas consecuencias es que los inmuebles constan inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de la empresa pública correspondiente.

Los bienes de la empresa pública no pueden considerarse como del dominio público; dominio público que, como se sabe, tiene la característica de ser inalienable e imprescriptible. Los bienes en cuestión, dice Venezia, escapan, sin ninguna duda, a las reglas de la demanialidad pública**[[349]](#footnote-349)**. Estos bienes se deben, por tanto, incluir entre los bienes del dominio privado del Estado, es decir aquellos que el Código Civil ecuatoriano llama bienes del Estado o bienes fiscales (Art. 604). En su tratamiento legal están sometidos los bienes de la empresa pública a las mismas disposiciones que los bienes fiscales del Estado y de las entidades públicas, sin ninguna diferencia. Entre tales provisiones, por supuesto que les aplica lo que manda el Reglamento de Bienes, dictado por la Contraloría General del Estado.

Sí constituyen dominio público los yacimientos de hidrocarburos (Arts. 607 del Código Civil y 1º de la Ley de Hidrocarburos) y también es cierto que en el Ecuador el Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en forma directa a través de PETROECUADOR, que podrá hacerlo por sí misma o celebrando contratos de asociación, de operaciones hidrocarburíferas o constituyendo compañías de economía mixta, con empresas nacionales o extranjeras de reconocida competencia, legalmente establecidas en el país (Art. 2º de la Ley de Hidrocarburos). Pero lo anteriormente citado no quiere decir que PETROECUADOR tenga propiedad sobre los dichos yacimientos. Al contrario, PETROECUADOR tiene los derechos para explorar y explotar hidrocarburos y el gas proveniente de los yacimientos petrolíferos o de condensado**[[350]](#footnote-350)**, pero no la propiedad sobre dichos yacimientos que continúa perteneciendo al Estado. Esta constatación es de gran importancia para las cuentas de PETROECUADOR, donde se debe contabilizar el precio a pagar al Estado por los hidrocarburos, como un costo previo a al cálculo de excedentes o “utilidades”.

Todo lo dicho sobre la propiedad que en último término tiene el Estado sobre los bienes de la empresa pública, coincide con lo que exponen sobre el mismo asunto Begaux‑Francotte y Capek, a propósito de lo que ocurría en la Unión Soviética y Checoslovaquia, en la época del régimen comunista.

Sobre la situación en Rusia, Begaux‑Francotte decía que el artículo 8 del Estatuto de la Empresa Socialista de Producción del 4 de octubre de 1965, reconocía a la empresa los derechos de posesión, uso y disposición sobre los bienes a ella confiados, pero dentro de los límites operacionales; conforme a los fines de la empresa, los presupuestos del plan y la afectación del bien. Expone, así mismo, que algunos pocos autores consideran que la empresa en los países socialistas sí gozaba del derecho de propiedad sobre una determinada categoría de bienes: el capital circulante. Basan su afirmación en la diferencia existente en ese país entre la embargabilidad de los fondos circulantes y la inembargabilidad de los fijos**[[351]](#footnote-351)**.

En cuanto a la empresa en Checoslovaquia, Capek afirmaba, refiriéndose al régimen jurídico vigente en la época del régimen comunista, que el propietario de los objetos que forman parte de los bienes de las organizaciones del Estado es exclusivamente el Estado; las organizaciones del Estado sólo tienen la gestión de estos objetos**[[352]](#footnote-352)**.

**Régimen jurídico Internacional de la Empresa Pública**

Fuera de sus fronteras propias nacionales son relevantes para la empresa pública los temas de: a) la personalidad jurídica internacional; b) de las empresas públicas constituidas por dos o más países; c) el reconocimiento de las empresas estatales extranjeras: y, d) la jurisdicción que les aplica en el extranjero.

La personalidad jurídica internacional consiste en la capacidad de ser sujeto del derecho internacional, es decir la capacidad de poseer derechos y deberes internacionales y de hacer reclamaciones internacionales. Las principales situaciones en las que surge la cuestión de la personalidad son: la capacidad de hacer reclamaciones sobre infracciones del derecho internacional, de hacer tratados y acuerdos con validez en el plano internacional y el disfrute de privilegios e inmunidades de las jurisdicciones nacionales.

En primer lugar tienen personalidad jurídica los Estados, como se ha visto en la primera parte de esta obra. Además de ellos ciertas organizaciones pueden también tener personalidad jurídica internacional**[[353]](#footnote-353)**. Según Brownlie, el criterio para conocer la personalidad jurídica de una organización se resume en los siguientes puntos:

*a. Debe ser una organización permanente de Estados, con objeto lícito y equipado de órganos;*

*b. Debe existir en la organización una distinción entre la organización y los Estados miembros, en lo relacionado con propósitos y poderes legales; y,*

*c. Finalmente, debe constar la existencia de poderes legales aplicables en el plano internacional y no solamente dentro de los sistemas nacionales de uno o más Estados.*

Estos criterios no siempre son fácilmente aplicables. Sin embargo, continúa Brownlie, muchas instituciones importantes tienen indudablemente personalidad legal, además de las Naciones Unidas, incluyendo sus agencias especializadas, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT); las Comunidades europeas -actualmente la Unión Europea (Comunidad Económica Europea, Comunidad Europea del Carbón y del Acero y Euroatom)**[[354]](#footnote-354)**.

El primer Informe Waldock, preparado para la Comisión de Derecho Internacional sobre derecho de tratados, reconoció la capacidad de las organizaciones internacionales de ser partes en acuerdos internacionales. Finalmente, concluye Brownlie, mientras una organización probablemente no puede reclamar privilegios e inmunidades como los de un Estado soberano, sí puede, por otra parte, ser una candidata adecuada para recibir similares privilegios e inmunidades**[[355]](#footnote-355)**.

Por otro lado, la organización puede existir, pero carecer de los órganos y el objeto necesarios para la personalidad jurídica: la Commonwealth británica es un ejemplo de una tal organización. También se encuentran casos de empresas conjuntas de unos pocos Estados, a las que Sundstrom denomina Corporaciones Públicas Internacionales.

Las entidades que actúan como dependencias estatales con poderes delegados pueden tener la apariencia de disfrutar de una personalidad separada y de considerable viabilidad en el plano internacional. Igual cosa puede ocurrir con las dependencias de organizaciones internacionales**[[356]](#footnote-356)**, como es el caso con la “Autoridad” y la “Empresa” establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, conocida por sus siglas en inglés UNCLOS.

“La Autoridad” y “La Empresa” que funcionan dentro del esquema establecido en la Convención del Mar (*United Nations Convention Law of the Sea UNCLOS),* son un excelente ejemplo de personalidad jurídica internacional indiscutible, incluso en el estadio actual en que faltan adhesiones de muchos Estados, incluidos los Estados Unidos y el Ecuador para el reconocimiento universal de la Convención.

La “Autoridad Internacional del Lecho Marino” se establece en la Convención del Mar para organizar y controlar las actividades de exploración y explotación de recursos en el suelo y subsuelo del lecho del mar más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales (“El Area”)**[[357]](#footnote-357)**.

La Empresa es el órgano que funciona dentro de la estructura de la Autoridad para llevar a cabo directamente las actividades de exploración y explotación de recursos en el “Área”, incluyendo el transporte, procesamiento y mercadeo de los minerales que se recuperen de la susodicha Área**[[358]](#footnote-358)**.

Sobre el estatuto legal de la Autoridad, dice el artículo 176 de la Convención: “La Autoridad tendrá personalidad jurídica internacional y la capacidad legal que fuere necesaria para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus propósitos”. En cuanto a la Empresa, dice el artículo 158, numeral 2 de la Convención citada: “Se establece la Empresa, el órgano a través del cual la Autoridad llevará a cabo las funciones dispuestas en el artículo 170”; y, el artículo 170, numeral 2:

*La Empresa tendrá, dentro del esquema de la personalidad internacional de la Autoridad, la capacidad legal que le provee el Estatuto constante en el Anexo IV. La Empresa actuará de acuerdo con esta Convención y las reglas, regulaciones y procedimientos de la Autoridad, así como las políticas generales establecidas por la Asamblea, y estará sujeta a las directivas y control del Consejo.*

Como consecuencia de la personalidad jurídica de derecho internacional que se atribuye a la “Autoridad” en el artículo 176 de la Convención, en el artículo siguiente, el 177, se establece que gozará de privilegios e inmunidades en los Estados miembros; privilegios e inmunidades que son consecuencia del disfrute de su personalidad jurídica internacional. Estos privilegios e inmunidades son también acordados a “La Empresa”. Según el Art. 13,(d) del Anexo IV (Estatuto de la Empresa) de la Convención del Mar, “[l]os Estados partes se asegurarán que la Empresa disfruta de todos los derechos, privilegios e inmunidades concedidas por ellos a las entidades que llevan a cabo actividades comerciales en sus territorios”.

***Corporaciones públicas internacionales***

La asignación de personalidad jurídica de derecho internacional a la “Empresa” establecida en el Convenio del Mar, es diferente de la situación de las Corporaciones Públicas Internacionales, a que se aludió líneas arriba, definidas por Sundstrom como los órganos corporativos creados por tratado para funcionar en beneficio de dos o más gobiernos**[[359]](#footnote-359)**.

¿Cuáles son los proyectos que requieren esfuerzos concertados de muchos Estados? se pregunta Kaplan**[[360]](#footnote-360)**, y puntualiza: Básicamente pertenecen a cinco tipos distintos: servicios públicos (energía, aeropuertos, carreteras, ferrocarriles); compañías internacionales; financiamiento internacional (financiamiento del desarrollo, empresas bancarias conjuntas u obtención de fondos por un servicio conjunto); corporaciones internacionales de fomento para desarrollar una región o una zona que interese a varios Estados (río Mekong, cuencas fluviales del Indo y del Senegal); y, finalmente, la conservación de fondos para servicios de investigación y capacitación conjuntos (Instituto Latinoamericano de Investigaciones, Instituto Nórdico para Africa, Instituto Nórdico de Física Atómica Teórica, el CERN, etc.)**[[361]](#footnote-361)**.

En esta enumeración se pueden descartar muchas instituciones, que si bien son públicas, no cumplen con los requisitos citados anteriormente para ser consideradas como “empresas públicas internacionales”; algunas de ellas, no obstante, sí ostentan esa calidad, principalmente las de comercio y financiación, así como algunas de servicios públicos.

Este tipo de empresas, explica Kaplan, se constituyen por tratado internacional, el cual debe crear la corporación pública internacional, fijar su tipo y objetivo, la ley que la gobierne, la personalidad y la capacidad jurídicas y la nacionalidad. Debe establecer además, al menos en grandes líneas, su estructura, sus funciones y modalidades operativas, sus derechos y obligaciones y los de los Estados participantes, su patrimonio y sus privilegios, las relaciones con los gobiernos y con otras empresas públicas y privadas. La reglamentación detallada de los aspectos vinculados directamente con la estructura y el funcionamiento, dice Kaplan, puede efectuarse a través de protocolos y anexos del tratado original, convenciones posteriores, estatutos.

Finalmente, en el tratado se debe especificar quiénes y de qué manera, pueden dictar normas reglamentarias y complementarias, incluso sin necesidad de acuerdos diplomáticos de igual categoría que el constituyente. Debe también precisar el modo de solucionar los posibles conflictos entre el estatuto constituyente y las leyes nacionales de aplicación subsidiaria**[[362]](#footnote-362)**.

La personalidad jurídica que se le puede conferir a una de estas corporaciones públicas internacionales, ha sido denominada impropiamente personalidad jurídica internacional, por Figler**[[363]](#footnote-363)**; cuando se han visto las condiciones en que esa calidad puede ser reconocida por el Derecho Internacional. Una corporación de estas mencionadas por Figler difícilmente podría, por ejemplo, ejercer su capacidad legal para hacer reclamaciones internacionales independientemente de los Estados que la constituyen.

La empresa intergubernamental europea Eurofima se creó en 1955 por tratado que incluye a catorce Estados con la finalidad de mejorar los recursos del equipamiento ferroviario. Este tipo de entidades puede disfrutar poderes y privilegios principalmente dentro de los sistemas legales y jurisdiccionales nacionales de las partes. Brownlie opina que este tipo de instituciones no representan una especie clara de persona jurídica en el plano internacional. Este tipo de arreglo, dice, ese el producto de un entrelazamiento cuidadoso de los órdenes legales nacionales e internacionales sobre la base de un tratado y la naturaleza del producto varía de un caso a otro**[[364]](#footnote-364)**. Además, Kaplan manifiesta que fuera de los Estados partes de estos tratados que establecen corporaciones públicas internacionales, la personalidad y la capacidad jurídicas están determinadas por el alcance que se reconozca a su carácter de sujeto internacional, y por las facultades que surgen de su status original. Su personalidad internacional, concluye Kaplan, puede no ser reconocida por terceros países**[[365]](#footnote-365)**.

***Reconocimiento de las empresas públicas o estatales extranjeras***

La Empresas públicas o estatales extranjeras, en cuanto tienen personalidad jurídica de derecho público, siguen las reglas que le aplican a estas personas jurídicas. El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Copenhague (1897), tomo el acuerdo en este mismo sentido que dice lo siguiente: “Las personas morales públicas reconocidas por el Estado donde han nacido, son reconocidas de pleno derecho en todos los demás Estados”. También los códigos civiles argentino y brasilero declaran expresamente que las personas jurídicas extranjeras de derecho público gozan de existencia internacional, reconociéndolas en su territorio**[[366]](#footnote-366)**.

Para Claro Solar, las personas jurídicas públicas y privadas tienen un derecho internacional adquirido al reconocimiento de su existencia, si ésta ha sido regularmente adquirida en el país de origen, puesto que su existencia nacional es condición indispensable de su existencia internacional**[[367]](#footnote-367)**.

El Art. 565 del Código Civil ecuatoriano que dice que no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República alude solo a personas jurídicas ecuatorianas, sin pronunciarse sobre las extranjeras. Siguiendo a Claro Solar se puede decir que las personas jurídicas públicas extranjeras y consecuentemente las empresas estatales extranjeras gozan en Ecuador de la misma personalidad y son admitidas sin limitación al goce de los derechos civiles lo mismo que las personas naturales extranjeras.

En el Ecuador, la ley establece los requisitos que deben cumplir las entidades y empresas “públicas y semipúblicas extranjeras” que vayan a desarrollar actividades en Ecuador**[[368]](#footnote-368)**. Para tales efectos la entidad debe comprobar que está constituida de acuerdo con la ley de su país y que conforme a dicha ley tiene facultad para realizar actividades en el exterior. Debe también comprobar o declarar, con la autorización debida, que está facultada para someterse a las leyes ecuatorianas, así como para renunciar fuero, domicilio y cualquier reclamación de carácter diplomático. Estas instituciones deben tener en el país un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efecto en el territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas**[[369]](#footnote-369)**. Si estas actividades son ocasionales y no implican la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos, explotación de recursos naturales, solo deben tener las dichas instituciones un apoderado o representante con facultades suficientes para contestar las demandas y cumplir con las obligaciones respectivas (Art. 2). Los documentos relativos a estos requisitos son calificados por la Superintendencia de Compañías, a base de lo cual ordena la inscripción de la empresa o entidad pública extranjera en el Registro Mercantil y la publicación de un extracto de dichos documentos (Art. 4).

***La inmunidad de los Estados y sus entidades en el extranjero***

En general, el Derecho Internacional contempla la inmunidad de los Estados y sus entidades en las cortes extranjeras. No obstante, no aplica la inmunidad del Estado en el extranjero a la Empresa Estatal. Según la teoría clásica o absoluta de la inmunidad de la soberanía, un ente con soberanía no puede ser enjuiciado en las cortes de otro ente soberano sin su consentimiento. De acuerdo con teorías más recientes, restrictivas de la inmunidad de los entes soberanos, esta soberanía se reconoce sobre sus actos públicos (*jure imperii*), mas no con respecto de sus actos privados (*jure gestionis*), entre los que se incluyen los actos de comercio. En ninguna de las interpretaciones se permite alegar que se concede inmunidad cuando se trata de acciones sobre bienes raíces, con excepción de la propiedad de las embajadas y tal vez de los consulados.

Inclusive países seguidores de la teoría clásica ratificaron el Tratado de Bruselas de 1926, bajo la cual los signatarios renuncian a la inmunidad para sus naves “de propiedad gubernamental” que pueden en consecuencia ser sujetas de acciones judiciales en países extranjeros.

Estos antecedentes y el incremento de las actividades comerciales directas de los Estados, decidieron al gobierno de los Estados Unidos en 1952 a enunciar su nueva política según la cual las naves de gobiernos extranjeros estarían sometidas a las cortes comunes norteamericanas**[[370]](#footnote-370)**.

Esto incluye por supuesto las naves de empresas públicas extranjeras. La ley *Sovereign Inmunities Act* de 1976 de los Estados Unidos recoge la teoría restrictiva de la inmunidad de los entes soberanos según la cual, como se ha dicho, a los Estados extranjeros se les reconoce inmunidad para sus actos en esta materia. No se distingue la normativa aplicable a la Administración Pública de aquella que aplica a la empresa estatal, de modo que lo mismo se puede decir del régimen de ambos.

Con anterioridad a la ley citada la distinción entre los actos públicos o comerciales para efectos del enjuiciamiento lo hacía el Ejecutivo. En esta norma legal se enumeran las acciones que se pueden considerar comerciales y se concede a las cortes estadounidenses (*US District Courts*) jurisdicción sobre las disputas que involucren tales acciones.

Esta ley incluye en la denominación de Estados extranjeros a los Estados y entidades públicas extranjeras, incluyendo sus dependencias (agencies) definidas como “un órgano de un Estado extranjero o una de sus divisiones políticas o aquella entidad cuya mayoría de acciones o derechos u otros intereses sobre su dominio son de propiedad de un Estado extranjero o una de sus divisiones políticas”, definición donde entran claramente las empresas públicas, las empresas privadas del Estado y las empresas mixtas donde el Estado tenga una mayoría de acciones.

La ley en cuestión define la actividad comercial como “un curso regular de conducta comercial o una transacción o acto (...) especifico comercial”**[[371]](#footnote-371)**.

Según Sweeney la jurisprudencia de varios países de Europa demuestra que no existe ninguna regulación del Derecho Internacional que prohíba juicios que afecten la propiedad de Estados extranjeros por asuntos relacionados con sus actos privados.

Entre 1948 y 1958 los Estados Unidos celebró tratados con catorce Estados extranjeros, cada uno de los cuales tratados prevé que las empresas estatales enfrascadas en actividades de negocios en el territorio del otro Estado signatario no podrá alegar inmunidad de los juicios que se puedan trabar sobre los bienes de su propiedad. Los Estados Unidos fueron signatarios del Convenio sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958, que en su Art. 21 contemplaba la posibilidad de ejercer medidas coercitivas contra naves de propiedad estatal dedicadas a actividades comerciales, que estuvieran ejerciendo el derecho de pasaje inocente.

Sin embargo de que la ley “Foreign Inmunities Act” considera estas naves comerciales sujetas a las cortes norteamericanas, se establecen diferencias con los juicios entablados a particulares. En efecto, se exonera al Estado extranjero o sus agencias de sufrir el secuestro de sus naves. Según el procedimiento de la indicada ley, tan pronto como se inicie un juicio que afecte una de estas naves, la prueba de ser ella o ellas propiedad de un Estado extranjero o una de sus agencias impide el secuestro y si este se ha ejecutado por error, se debe dejar sin efecto inmediatamente. En tal caso la consecuencia procesal es que el juicio se constituye una acción “in persona” contra el Estado extranjero**[[372]](#footnote-372)**.

En sus estudios sobre legislación de los antiguos países socialistas, Kernig concuerda con lo expresado líneas arriba, manifestando que, por regla general, la tendencia en los países occidentales es considerar a las empresas estatales de Estados extranjeros, independientemente de si han surgido por obra de una nacionalización o por una nueva fundación, como personas jurídicas no identificadas con su patria. Este enfoque coincide con el que existía dentro de muchos Estados socialistas, donde cada empresa estatal respondía por sus compromisos propios. Podía discutirse todavía al interior de estos Estados socialistas si la empresa estatal debía identificarse con su país de origen en lo concerniente a las ventajas de la inmunidad, pero en la práctica este problema fue perdiendo importancia. Si bien los Estados socialistas reclamaban una inmunidad ilimitada que incluía sus propios actos de gestión (*juri gestionis*), en la práctica, a través de múltiples acuerdos bilaterales con otros Estados, renunciaron a reclamar inmunidad para sus propias empresas estatales**[[373]](#footnote-373)**.

Otra situación diferente a la que se está discutiendo sería que a través de una empresa propia un Estado quisiera aplicar sus reglas propias nacionales en una jurisdicción extranjera. Así, por ejemplo, no se reconoció una reclamación de indemnización por daños y perjuicios presentada por un Banco del Estado brasileño contra un ciudadano americano ante un tribunal de los Estados Unidos, ya que estos vieron en este caso un intento del Brasil de extender por este procedimiento el castigo por una infracción a la ley brasilera sobre tráfico de divisas en Nueva York**[[374]](#footnote-374)**.

En el Ecuador, se ha visto líneas arriba, forzosamente para actuar en el territorio ecuatoriano la empresa estatal extranjera debe renunciar fuero, domicilio y cualquier reclamación de carácter diplomático (Art. 14 de la Constitución) quedando por tanto sujeta a la jurisdicción ordinaria ecuatoriana o al arbitraje conforme las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación y los convenios internacionales aplicables.

**XXII. La Creación de la Empresa Pública**

**Introducción**

En el tema de la creación de la empresa pública se deben distinguir: 1. los aspectos formales; 2. los aspectos de contenido; y, 3. las condiciones de la creación. Por aspectos formales se entienden los mecanismos jurídicos por los que se da vida, por los que se inicia la existencia de la empresa pública, como una ordenanza, una ley o un decreto. El “contenido” de la creación se refiere a la sustancia material sobre la que se plasma la creación del ente jurídico público, que muy bien puede ser una empresa ya existente, como ocurre en las nacionalizaciones y expropiaciones de empresas. Asimismo, dentro de este aspecto de la creación se debe atender a las “condiciones” para que esa creación se produzca, como en los casos de decretarse monopolio, si se necesita forzosamente de una ley o, por lo contrario, cuando el Estado requiere llenar ciertas condiciones para proceder al establecimiento de una empresa, entre las cuales, por ejemplo, que la empresa que se crea no compita con otras ya existentes.

Así, la creación de la empresa pública se la puede estudiar desde los puntos de vista de:

a. Mecanismos jurídicos;

b. Aspectos materiales;

c. Condiciones.

**Mecanismos jurídicos de la creación de la empresa pública**

La empresa estatal se puede crear por diversos actos, de acuerdo con el tipo de empresa de que se trate: sociedades mercantiles, fundaciones y personas jurídicas de derecho público, lo que se discute a continuación.

***Las empresas públicas como sociedades mercantiles***

Las empresas del Estado en forma de sociedad mercantil, requieren para su constitución del cumplimiento de los requisitos determinados en las respectivas leyes, que pertenecen al derecho privado; en el Ecuador la Ley de Compañías o las leyes especiales respectivas—por ejemplo la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones, para la constitución y escisión de EMETEL y de las compañías escindidas. La máxima autoridad de cualquier entidad o dependencia pública, cumpliendo con las condiciones comunes, está en capacidad de suscribir el contrato respectivo por escritura pública, y seguir el trámite especificado en la ley para la constitución de compañías. En la vigente Codificación de la Ley de Compañías se encuentra una disposición expresa para las compañías anónimas en que participen instituciones de derecho público (Art. 147), las que, por ejemplo, se pueden constituir y subsistir con un solo accionista.

Una formalidad indispensable para constituir este tipo de compañías anónimas de capitales públicos es que el socio único o los socios sean todos instituciones públicas. De otra forma, si existen además socios que son personas naturales o jurídicas de derecho privado la figura correspondiente es la de compañías de economía mixta, contempladas en la Sección VIII de la citada Codificación:- “De la Compañía de Economía Mixta”. La otra alternativa sería la adquisición en la Bolsa de Valores de acciones de una compañía anónima, que transe el Estado o alguna de sus entidades, con fines de inversión. Pero en este caso no se trataría de una empresa ni estatal ni mixta, sino sencillamente del “accionariado fiscal”, como lo llama Villar Palasí, según se vio en páginas anteriores.

La Ley de Modernización dispone:

*Art. 48.- Régimen.- Para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado, se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado.*

*Estarán exentos de todo tributo fiscal, municipal o especial, y no causarán gravámenes, impuestos, ni contribuciones generales o especiales de ninguna naturaleza, todos los actos y contratos para el perfeccionamiento de la conformación, aumentos de capital, fusiones o escisiones o cualquier otra reforma de estatutos de corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías, en la parte que corresponda al aporte de capital o activos de propiedad de instituciones del Estado o la capitalización de cuentas a las que tuvieren derecho. En la parte correspondiente a la inversión de las instituciones del Estado, estos actos y contratos se considerarán como de cuantía indeterminada para efectos del pago de derechos notariales, derechos de inscripción o de registro, y costos de afiliación o inscripción en las entidades a las que deban pertenecer por mandato legal.*

Sobre el mismo tema dispone la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal:

Art. 12.- Limitación a las inversiones. Las instituciones del sector público podrán hacer inversiones en nuevas acciones de sociedades de capital sólo con sus propios recursos, que no deberán provenir de transferencias o de la asunción directa o indirecta de pasivos por parte del Gobierno Central o del respectivo Gobierno Seccional.

Estas compañías se encuentran sujetas también al control de la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General del Estado. Asimismo, le aplican las normas sobre remuneraciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

El Procurador General del Estado se ha pronunciado:

*Consulta:*

*Si el Art. 4, reformado, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado rige para las compañías mercantiles (sociedades anónimas) en las cuales la Dirección de Industrias del Ejército es accionista.*

*Pronunciamiento:*

*A partir de la reforma del artículo en mención, para el control que ejerce la Contraloría, ya no existe distinción entre entidades de derecho privado con finalidad social o pública, y aquellas que no tienen esa finalidad, sino que todas las entidades privadas están sometidas al mencionado control, siempre que tengan bienes, rentas o subvenciones de carácter público.*

*Por lo expuesto, considero que las compañías mercantiles (sociedades anónimas) en las cuales la Dirección de Industrias del Ejército es accionista, están comprendidas en el ámbito de aplicación del Art. 4, reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, por tanto, se someten, para todos los efectos, al control de dicho organismo* **[[375]](#footnote-375)***.*

Los controles respectivos se aplican incluso a las personas jurídicas de derecho privado en sus contrataciones, si es que se encuentran de por medio fondos públicos, como lo ha señalado el Procurador General del Estado:

*Renovación de contrato de prestacion de servicios de gestión.*

*Entidad consultante: Municipio de Guayaquil.*

*Base legal: Ley de Modernización del Estado, Art. 48.*

*Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Art. 22.*

*Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Arts. 3, 4 y 97.*

*Consulta:*

*¿Es procedente la renovación del Contrato de Prestación de Servicios de Gestión que celebraron “Guayaquil Siglo XXI, Fundación Municipal para la Regeneración Urbana” y la Fundación “Malecón 2000”, suscrito el 15 de febrero del 2001, en los mismos términos y condiciones bajo las cuales fue suscrito originalmente?*

*Pronunciamiento:*

*Del texto de la consulta se desprende que la voluntad de las partes es la de renovar un instrumento que ha venido produciendo efectos jurídicos y cuyo objeto se enmarca dentro de lo contemplado en los estatutos de cada una de las contratantes, que son personas jurídicas de derecho privado; por tanto, considero que no existiría óbice para que dichas personas jurídicas renueven obligaciones correlativas, en un instrumento cuyo objeto sea lícito, observando para el efecto la correspondiente normativa de contratación, conforme lo previsto en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado, considerando que estas fundaciones cuentan con recursos públicos en los términos del artículo 3 de la ley ibídem* **[[376]](#footnote-376)***.*

En algunas legislaciones se requiere de un Decreto del Presidente de la República para la constitución de empresas estatales en forma de sociedad mercantil. En España, las “empresas nacionales” se establecían por Decreto, previo informe del Ministerio de Hacienda y de la Comisaría del Plan, a propuesta del Ministro competente por razón de la materia**[[377]](#footnote-377)**. En ese país, la Ley General Presupuestaria establecía, que tanto la creación de sociedades mercantiles con capital mayoritario público (Sociedades estatales)**[[378]](#footnote-378)** como la adquisición o pérdida de la condición de socio mayoritario debía acordarse en Consejo de Ministros**[[379]](#footnote-379)**.

***La empresa del Estado como fundación***

El establecimiento de una fundación como empresa estatal o como “holding”**[[380]](#footnote-380)** se encuentra perfectamente dentro de los esquemas doctrinales de la empresa pública. Sobre el “holding”, manifiesta García-Trevijano:

*En España, la mayor parte de las Sociedades Nacionales está en manos de una Fundación pública directa, el I.N.I., que es el accionista. La relación Estado-I.N.I. Es una relación de fundador a Fundación (...). Este tipo de intervención a través de fundaciones intermedias lo tenemos en España con el INI. En Italia con el Instituto de Reconstrucción Industrial o con el Ente Nacional de Hidrocarburos, etc. Estos entes de gestión nacen precisamente para controlar como “holding” públicas la actuación de las sociedades* **[[381]](#footnote-381)**.

En el Ecuador se han seguido los pasos descritos en el Código Civil para el establecimiento de una fundación, que en consecuencia tiene, sin duda, personalidad jurídica de derecho privado. Asimismo, por no tratarse de una entidad pública no estarían obligados los sucesivos gobiernos a financiar su presupuesto, financiamiento que permanecería como un acto voluntario de cada uno de ellos. En todo caso, cualquier relación contractual entre la Administración Pública y una fundación se ciñe a lo que dispone la Ley de Presupuestos del Sector Público, Ley de Contratación Pública, Ley de Consultoría, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y demás normas respectivas, incluyendo el Código Civil, en lo pertinente.

***La empresa pública como persona jurídica de derecho público***

Así, con fines de ilustración se ha hecho referencia a la creación de una empresa estatal como sociedad mercantil o fundación, es decir con personalidad jurídica privada. Es la empresa pública, es decir aquella empresa constituida como persona jurídica de derecho público, la que más importancia tiene en el Ecuador. La principal característica que diferencia a la empresa pública de las empresas estatales en forma de sociedad mercantil, es la de ostentar una personalidad jurídica de derecho público. Esta situación de tener una personalidad jurídica de derecho público incide directamente sobre la modalidad de su creación. En efecto, se considera que la personalidad jurídica de derecho público proviene de la ley. En ocasiones es la ley expresamente que atribuye a la Administración Pública el otorgamiento de personalidad jurídica —pero de derecho privado—, previo el cumplimiento de ciertos requisitos. Así, la Ley de Compañías, el Código Civil, la Ley de Cooperativas, etc., señalan el trámite para la constitución de compañías, de fundaciones y corporaciones y de cooperativas, respectivamente. En un caso se atribuye a un organismo creado por la Constitución —la Superintendencia de Compañías— el cumplimiento del trámite respectivo. En cuanto a las fundaciones, se necesita de la aprobación del Presidente de la República[[382]](#footnote-382), o sus ministros, por delegación, conforme lo determinado en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

No obstante, ni la Constitución ni ley vigente alguna facultan a una dependencia o entidad del Ejecutivo para crear modos de gestión con personalidad jurídica de derecho público. Lo que sí puede el Ejecutivo es determinar “[e]l número y denominación de los ministerios... en relación con las necesidades del Estado**[[383]](#footnote-383)** o “expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva”**[[384]](#footnote-384)**. Por otra parte, una forma parcial de “creación” de personalidad jurídica de derecho público es la “escisión” de una entidad o empresa pública, conforme a la Ley de Modernización que permite que esa entidad existente se “divida” en dos o más entidades o empresas públicas por Decreto Ejecutivo, esto es, del Presidente de la República**[[385]](#footnote-385)**. Por lo tanto, crear un modo de gestión, una empresa pública —que tiene personalidad jurídica de derecho público— es una facultad que está reservada para el Congreso Nacional, que la lleva a cabo mediante una ley, excepto en la figura de la escisión, aunque esta última técnicamente no sea un caso de creación de personalidad jurídica, de hecho se está produciendo, porque donde antes existía una persona jurídica de derecho público aparecen dos de estas instituciones.

Por otra parte, la creación de empresas públicas sin personalidad jurídica sí corresponde al Ejecutivo. Existieron en el Ecuador dos empresas públicas sin personalidad jurídica: la Empresa de Abonos del Estado y el Servicio Nacional de Almacén de Libros del Ministerio de Educación Pública —SNALME. Ambas fueron creadas por Decreto Supremo**[[386]](#footnote-386)**. En los dos casos se consideraba la creación de cada empresa como una reforma a la Ley de Régimen Administrativo, vigente a la sazón, reforma que se tenía que hacer forzosamente por ley. Mas hoy está vigente la disposición que establece:

*Los Ministros, Secretarios de Estado podrán mediante Acuerdo, reorganizar, suprimir y crear organismos de su dependencia, estableciendo las funciones y atribuciones necesarias, siempre que existan las partidas correspondientes en el Presupuesto General del Estado y de acuerdo con el Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo* (que después se convirtió en la extinguida SENDA, hoy una Oficina de la Presidencia de la República)…[[387]](#footnote-387)**.**

La reversión al Estado de los activos de la compañía Oxy, para la explotación del “bloque” correspondiente, en el año 2006, para su manejo desconcentrado como una unidad administrativa de Petroecuador, conforme Decreto Ejecutivo, nos permite visualizar a esta última en efecto como una empresa pública sin personalidad jurídica.

Esto no contradice en absoluto la potestad que la Ley de Modernización confirma para el Ejecutivo, que declara de “competencia exclusiva” de este “la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos”**[[388]](#footnote-388)**.

En consecuencia, corresponde al respectivo Ministerio de Estado, la creación de modos de gestión en forma de empresas públicas sin personalidad jurídica, cumpliendo los requisitos legales correspondientes.

Otro tipo de empresa pública que contempla la legislación es la empresa pública municipal**[[389]](#footnote-389)** que se crea por Ordenanza y cuyos estatutos deben ser aprobados por el concejo**[[390]](#footnote-390)**.

**Creación de la empresa pública por nacionalización**

La nacionalización no fue precisamente una novedad política ni jurídica del siglo XX. Engels decía “(...) que si la nacionalización... fuese un acto socialista, habría que incluir a Napoleón y a Metternich entre los fundadores del socialismo”. Engels menciona a continuación nacionalizaciones de Bismark de las líneas férreas de Prusia y en Francia instituciones como la Real Compañía de Comercio Marítimo y la Real Manufactura de Porcelana**[[391]](#footnote-391)**. Pero en los tiempos actuales se puede señalar el período posterior a la segunda guerra mundial como en el inicio de la nacionalización como se conoce hoy.

La Constitución francesa de 1946 hizo incluso de las nacionalizaciones uno de los principios de su derecho constitucional, al enunciar en su Preámbulo la regla de que:

*(...) todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad*.

La fórmula francesa de la postguerra se expresaba como un “retorno a la nación”, considerando que la nación estaba representada en un comité de administración integrado por delegados de los trabajadores, de los usuarios del servicio y del gobierno. Este sistema tripartito duró hasta que se añadió una representación técnica a los comités de administración**[[392]](#footnote-392)**.

Baena del Alcázar, por su parte, distingue entre los términos “socialización“, “estatización” y “nacionalización”. Se llama “estatización” a la circunstancia que se produce cuando el Estado asume por sí mismo la dirección de una empresa sin personalidad jurídica. Para el mencionado autor, la nacionalización, en cambio, se lleva a cabo cuando el Estado transfiere los medios de producción a una empresa dotada de personalidad jurídica en cuyo manejo la participación estatal es variable, pudiendo llegar a veces a ser única”**[[393]](#footnote-393)**.

Mas, desde un punto de vista estrictamente jurídico, que es el que aquí interesa, todas aquellas acciones estatales se pueden englobar bajo el término de “nacionalización” simplemente. Así, dice Seidl-Hovenveldern, que nacionalización en su más amplio sentido es toda expropiación de la propiedad privada por acto de autoridad del Estado, basado en fundamentos socio-políticos**[[394]](#footnote-394)**.

Se acentúa el aspecto socio-político puesto que si este no existe, el traspaso de propiedad de una particular empresa al Estado se considera simplemente “expropiación”. Además, si no existe compensación, o el desposeimiento se considera ilegal, entonces se llama “confiscación”. Brownlie dice que la expropiación de uno o más recursos nacionales como parte de un programa general de reforma social y económica ahora se denomina generalmente como nacionalización o socialización[[395]](#footnote-395). En efecto, se vio más arriba que la Constitución francesa hacía mención a categorías de empresas. Es común esta circunstancia también en las declaraciones de dominio público, que pueden aplicarse a determinadas categorías de bienes. Se ha aplicado en los casos de yacimientos mineros o de otras fuentes de recursos naturales como el hidráulico**[[396]](#footnote-396)**.

La reforma y codificación constitucional de 1998 de hecho “desnacionaliza” una amplia gama de actividades y servicios que el anterior texto constitucional, desde 1998, atribuía en forma específica al Estado. El siguiente enunciado, que ya no está vigente, que contenía la Carta Política ecuatoriana, resultaba técnicamente una nacionalización, en cuanto determinaba que toda un área de explotación económica pertenecía al Estado “en forma exclusiva”, aunque en su momento no haya afectado a empresa alguna:

*Art. 61.- ...*

*(...)*

*Son áreas de explotación económica reservadas al Estado:*

*a) Los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta del suelo:*

*b) Los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones; y,*

*c) Las empresas estratégicas definidas por la Ley.*

*El Estado ejerce sus actividades en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia y magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social.*

Por supuesto que aquí hay que distinguir sobre el dominio público de los indicados bienes, así como la calidad de servicios públicos de las actividades descritas y otras que añade el actual texto constitucional. Lo que importa señalar es que las indicadas actividades y la prestación de los servicios públicos no se consideran como una explotación o prestación exclusivamente reservada al Estado, sino que puede también adjudicarse por el Estado para su desarrollo por los particulares, sin perjuicio de la regulación que corresponde.

Si hubiera existido una empresa o grupo de empresas dedicadas a alguna de esas actividades, y el Estado hubiera procedido a apoderarse de ellas en virtud de la expedición de la citada norma constitucional, eso se hubiera considerado adecuadamente una nacionalización. Por supuesto que también la citada disposición constitucional dejaba al Estado la opción de no proceder a nacionalizar, sino más bien “delegar a la iniciativa privada, el ejercicio de cualesquiera de las actividades antes mencionadas”.

Una diferencia básica entre la expropiación y la nacionalización es que, mientras la primera versa principalmente sobre inmuebles o bienes singularizados, la nacionalización más apropiadamente trata sobre empresas, esto es, conjuntos complejos y organizados de bienes destinados de servir a la producción o distribución de bienes. La nacionalización también se produce sobre recursos naturales y su explotación.

Katzarov afirmó que la diferencia esencial entre nacionalización y expropiación se encuentra en el procedimiento, puesto que la expropiación se lleva a cabo en virtud de un acto administrativo y tiene carácter derivado, mientras que la nacionalización, que tiene carácter originario, se lleva a cabo conforme a un texto constitucional**[[397]](#footnote-397)**.

La iniciativa del Estado ecuatoriano de hacerse cargo de la empresa Ecuatoriana de Aviación, en el año 1974, fue más una expropiación que una nacionalización, aunque el enunciado legal de su creación como empresa estatal diga: “Nacionalízase la Compañía Anónima Ecuatoriana de Aviación S. A., la misma que en lo sucesivo se denominará Empresa “Ecuatoriana de Aviación (…)”**[[398]](#footnote-398)**; puesto que fue una expropiación aislada, que dejó intactas las otras empresas privadas de aviación del país.

**La nacionalización en el derecho internacional**

En vista de que las nacionalizaciones no quedaron circunscritas a los países socialistas, sino que los gobiernos de Inglaterra y Francia, tanto antes como después de la Segunda Guerra Mundial, se apoderaron de industrias de gran importancia económica, se reconoce el derecho de los Estados para nacionalizar empresas nacionales o extranjeras. Todo esto sin perjuicio de las sucesivas privatizaciones que se produjeron en diferentes épocas con posterioridad, especialmente en los países citados y en otras partes del mundo. Las privatizaciones más extensas en Sudamérica se dieron en México y en Argentina y, en menor grado, en Brasil, donde los Estados respectivos manejaban centenares y hasta miles de empresas, desde bancos hasta astilleros, pasando por hoteles y fábricas diversas. La mayor parte de ellas pasaron a manos privadas durante las privatizaciones de fines de los años 80 y comienzos de los 90 del siglo XX en Latinoamérica.

No obstante, se encuentra viva la polémica sobre la naturaleza misma de esta figura legal de la nacionalización. En primer lugar, según Novoa, los países exportadores de capital se empeñan en confundir nacionalización con expropiación por causa de utilidad pública, para aprovechar una doctrina tradicional que tiende fundamentalmente a dar garantía al derecho del particular. Según este autor, la nacionalización presenta características propias que la distinguen de la expropiación: la nacionalización es una institución jurídica autónoma cuyo fundamento se halla en la soberanía de los Estados y en su potestad para decidir dentro de su respectivo territorio todo lo que concierne al régimen político, económico y jurídico que allí debe imperar**[[399]](#footnote-399)**.

Las Naciones Unidas subrayó este derecho soberano de los Estados a disponer libremente de su riqueza en dos Resoluciones: 626 (VII) y 1803 (XVII). Sin embargo, países exportadores de capital han interpretado que tal norma solamente prohíbe la aplicación de la fuerza militar para obtener una compensación. Más, se considera ese tipo de acciones inadmisibles ya desde la “Convención de Drago-Porter” de 1907**[[400]](#footnote-400)**.

Así en el derecho internacional, se llama regla de compensación la regla que apoyan los principales gobiernos “occidentales” y la mayoría de los juristas en Europa y Norte América: la expropiación de propiedad extranjera es legal si existe una compensación adecuada, efectiva e inmediata**[[401]](#footnote-401)**.

**El resarcimiento o pago en la nacionalización**

A pesar de las controversias existentes sobre la indemnización a los inversionistas extranjeros, en el derecho internacional existen algunos principios sobre los cuales hay cierto acuerdo en la doctrina y ellos son los del “tratamiento nacional” y de la “no arbitrariedad”.

Se acepta que un extranjero no puede quejarse si ha recibido el mismo tratamiento que los nacionales. Brownlie inclusive recoge el siguiente criterio: “si los nacionales del Estado expropiante no reciben compensación, el extranjero tampoco debe esperar nada”**[[402]](#footnote-402)**.

Asimismo, se debe aceptar como legal cualquier medida pública de un Estado que sea de buena fe y suficientemente razonable como para no parecer “arbitraria”, independientemente de cómo afecte a las empresas nacionales y extranjeras. También es comúnmente aceptado el principio de que la acción dirigida contra personas de una nacionalidad o etnia en particular es discriminatoria**[[403]](#footnote-403)**.

Otros aspectos del pago de las indemnizaciones son todavía cuestionados, pero ellos han sido discutidos suficientemente a nivel internacional y tienen sus defensores inclusive dentro de los países exportadores de capital. Browlie cita a Sir John Fischer Williams, que ha señalado que un dogma general como el de la inviolabilidad de la propiedad privada no se puede ya establecer como un deber internacional por encima de otras doctrinas políticas y económicas**[[404]](#footnote-404)**.

En los casos de recursos naturales o grandes industrias se insiste menos en la exigencia de una compensación “adecuada, efectiva e inmediata” porque, según Rolin, desaparecería la posibilidad real de que un Estado pudiere adoptar, en protección de su pueblo, todas las medidas económicas necesarias para su desarrollo económico, especialmente si se trata de industrias muy costosas, o de naciones pobres**[[405]](#footnote-405)**. Como dice Brownlie, el requerimiento de la prontitud se ha subordinado a las otras condiciones y también a las realidades económicas relacionadas con el pago de grandes sumas.

Novoa también cita un estudio realizado en la Universidad de Harvard por los profesores Louis B. Sohn y R.R. Baxter, denominado “Responsabilidad de los Estados por atentados en contra de los intereses económicos de los extranjeros”, preparado en 1961 a petición de la oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. En este trabajo, se expresaba el punto de vista de que cuando el Estado incauta la propiedad privada de un extranjero “en preparación de un programa general de reforma económica y social”, que es la principal característica de una nacionalización, el pago de la compensación podrá ser hecho en “un razonable período de años”, sobre la base de que una razonable parte de ella se pague prontamente**[[406]](#footnote-406)**.

En fin, a más de las anteriormente citadas resoluciones de la ONU, la resolución 3171 (XXVIII) manifiesta que en materia de nacionalización “cada Estado está facultado para determinar el monto de la posible indemnización y el modo de pago” y añade que cualquier diferencia que pueda surgir debe ser resuelta conforme a la legislación nacional del Estado que adopta la medida. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada en la misma Asamblea General, en 1974, declara que el Estado que nacionalice debe pagar una compensación apropiada, “teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que considere pertinentes”, añadiendo: “en cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales (…)”. Novoa comenta que esta Carta ha sido muy combatida por los Estados Unidos, tanto durante su elaboración como después de aprobada**[[407]](#footnote-407)**.

Al contrario, en la Convención Económica de la OEA (Organización de Estados Americanos), en 1948, se había aprobado una resolución que exige que “toda expropiación deberá ser acompañada del pago de un justo precio, pronto, adecuado y efectivo”**[[408]](#footnote-408)**.

Sobre el asunto de la legislación a aplicarse en caso de controversia, los principios de la llamada “Cláusula Calvo” son bastante difundidos en la actualidad. La cláusula, a introducirse en los contratos, consiste en una renuncia expresa a solicitar protección de su patria, por parte del inversionista**[[409]](#footnote-409)**, a pesar de lo cual en la actualidad la todos los países aceptan o han incluido en sus legislaciones el recurso al arbitraje internacional para resolver este tipo de controversias.

El Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Estados Unidos y Ecuador, que entró en vigencia en 1997, estipula que solamente para propósitos públicos se expropiarán o nacionalizarán las inversiones, las que se deben realizar sin discriminaciones, sujetas al pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, equivalente al justo precio de mercado (Cláusula III).

De todo lo analizado, parece quedar claro que es indiscutible el derecho de los Estados para nacionalizar actividades empresariales o recursos naturales, sea individualizados, sea en su conjunto y por ello tienen que pagar una indemnización que no sea ilusoria, es decir que refleje adecuadamente el valor de lo que se nacionalice. Este pago, no obstante, puede hacerse por partes, especialmente cuando hay de por medio grandes sumas.

Debe entenderse que la empresa nacionalizada puede establecerse como empresa pública, pero que también puede adoptar otras formas, como sociedades anónimas de capitales públicos o compañías mixtas, o incluso derechos derivados de concesiones sobre recursos naturales.

Se puede concluir este rubro, constatando que la discusión contemporánea sobre aspectos teóricos de la nacionalización y la expropiación de empresas en cierta forma se ha disminuido o atenuado, en vista de las corrientes políticas imperantes en todo el mundo, donde más bien las empresas nacionalizadas o expropiadas se están devolviendo al sector privado, “privatizándose” o “desnacionalizándose”.

**Terminación de la empresa pública**

De acuerdo con los principios generales del derecho, para la terminación de la empresa pública, se requiere del mismo trámite que para su constitución. En el caso de las compañías mixtas y las sociedades anónimas con capitales públicos se aplican las disposiciones de la Ley de Compañías para la liquidación de las sociedades, o, en su caso, la fusión, escisión o transformación, contempladas en la misma ley. Así mismo, en las legislaciones donde corresponde al Poder Ejecutivo la creación de las empresas, es el mismo Poder Ejecutivo quien asume los trámites de su extinción.

En el Ecuador las empresas públicas (vale decir: con personalidad jurídica de derecho público o, en todo caso, sometidas al Derecho Público) terminan por ley. También puede ser suprimidas, escindidas, fusionadas, transformadas, etc., por el Ejecutivo, conforme a delegación legislativa contemplada en la Ley de Modernización. En la parte de esta obra donde se trata sobre los bienes de la empresa pública se enfoca el destino de su patrimonio en caso de su terminación. A propósito de una ley rusa de la década pasada, todavía en épocas del régimen socialista, sobre empresas públicas, viene al caso reflexionar sobre la quiebra de éstas, como otra forma de terminación. Expedida en 1988, la Ley de Empresas Estatales de la URSS contemplaba para las empresas estatales soviéticas la posibilidad de la quiebra**[[410]](#footnote-410)**.

En criterio de Arena, no existe razón alguna para excluir al ente público económico de la quiebra y, por tanto, “para perpetuar la actual anacrónica disparidad de trato”, aunque considera este autor que si el “ente público económico (…) cayese en estado de insolvencia y arriesgase, por tanto, ser declarado en quiebra, sería salvado por la Administración Pública que eliminaría el estado de insolvencia con congruas intervenciones financieras (en definitiva) a cargo de los contribuyentes”.

Hay que aclarar que este criterio lo manifiesta Arena en vista de que “tales entes, cuando no eran empresarios, debieron ser excluidos de la quiebra. Pero en la época actual, en la que existen entes públicos empresariales, frecuentemente estructurados sobre el tipo de sociedad por acciones, la exclusión no tiene propiamente razón de ser”**[[411]](#footnote-411)**. Lo que quiere decir que, hablando de las empresas públicas propiamente dichas, es decir excluyendo aquellas constituidas como compañías comerciales, el juicio de Arena se vería ciertamente matizado, porque las dichas empresas no están, como las compañías, sujetas a todas las normas del derecho privado, por ser precisamente de derecho público y, como tales, parte integrante del Estado.

Por cierto que un administrativista ortodoxo como Marienhoff, definitivamente opina que “a las empresas del Estado no les es aplicable lo atinente a la quiebra, pues esta no condice con la índole de aquellas”**[[412]](#footnote-412)**.

El problema deriva de la finalidad misma de la empresa pública, no siempre compatible con la finalidad de la empresa privada. El principal obstáculo, sin embargo, para aceptar el principio de la quiebra para la empresa estatal es el de ser de propiedad del Estado. El principio de la “desestimación de la personalidad jurídica”, al que se aludió al tratar de las “características de la personalidad jurídica”, se aplicaría en este caso. Al “correr el velo” de la personalidad jurídica de la empresa estatal, se encuentra detrás de este velo al mismo Estado.

Para esta alternativa existen antecedentes aun en la legislación civil y comercial. Así García Trevijano-Fos señala que:

*Se establece que en caso de quiebra de una sociedad, aquella puede extenderse a cada una de las personas que actuando en nombre de ella hayan cumplido actos de comercio en interés propio y hayan dispuesto de bienes sociales como si fuesen propios. Es decir, se prevé la posibilidad de la extensión de la quiebra a cualquiera, siempre que haya sido el “maître de l'affaire”*.

Así, para el caso específico que se comenta, se debe aplicar al Estado, en la insolvencia de personas jurídicas públicas, la teoría del empresario oculto. Al decir de García Trevijano-Fos, “[e]sta teoría sostiene que siempre que exista un empresario oculto o indirecto debe asumir la efectiva consecuencia de los riesgos de la empresa y consiguientemente la responsabilidad por los actos sociales debe recaer sobre dicho empresario oculto (…)”, esto es, se debe añadir, el Estado. En fin, concluye el autor citado, que “en determinados casos las formas jurídicas adoptadas por el Estado moderno no pueden servir de vallas para defraudar intereses de terceros”.

García Trevijano-Fos considera que la responsabilidad del sector público es de carácter solidario:

*Imaginémonos una sociedad nacional (compañía anónima de capital público) que quiebra y que no recibe beneficios estatales porque se entiende que no debe hacerse frente económicamente a aquella. En este caso los acreedores perjudicados no se verían obligados a cobrar en dinero de dividendo mediante el procedimiento de liquidación establecido por la Ley, sino que, por el contrario, entraría en juego la doctrina que sustentamos, es decir la posible demanda frente al Estado (sin perjuicio de la posible repercusión)* **[[413]](#footnote-413)***.*

Si este principio podría aplicarse a las empresas constituidas como compañías anónimas de capitales públicos, con mayor razón se debería aplicar a las empresas públicas.

La idea de aplicar el principio de la quiebra a las empresas públicas pudiera tener un objetivo de búsqueda de eficiencia. Drucker compara una empresa privada, un negocio, con las instituciones de servicio, entre las que se encuentra la empresa estatal. El negocio improductivo, obsoleto, será tarde o temprano eliminado por los clientes. Tal disciplina no se presenta en una institución de servicio, que se sustenta, no en clientes, sino en un presupuesto**[[414]](#footnote-414)**. No es que Drucker proponga la aplicación del principio de la quiebra para este tipo de instituciones, pero resalta el problema que algunos quieren eliminar con la posibilidad de la terminación de la empresa pública ineficaz.

Claro que esta problemática, traída a la luz por la discusión sobre la quiebra, es de fundamental importancia para la empresa estatal. El establecimiento de sistemas de contabilidad adecuada y centros de costos sería un primer paso hacia la consecución de mayor eficiencia en las empresas estatales. Drucker prescribe además: metas y objetivos claros, definición de resultados mínimos aceptables, orientación hacia resultados, establecimiento de plazos, ubicar un responsable por esos resultados, etc.**[[415]](#footnote-415)**

**XXIII. La Contratación Pública**

**Antecedentes**

***Influencias doctrinales en la contratación pública ecuatoriana***

En el Ecuador, las nuevas corrientes sobre la contratación pública tienen su origen, por una parte, en la influencia del nuevo derecho administrativo europeo y, por otra, en la creciente influencia de la normativa del “common law” –el derecho común sajón— y de la contratación pública global –incluyendo la contratación de la Unión Europea—, que llegan a través de los contratos modelos del Banco Mundial (BIRF) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Estos “contratos modelo” a su vez se apoyan a nivel mundial en esquemas como los de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y especialmente de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), con sede en Suiza. El contrato genérico modelo para obras grandes y medianas de los dos organismos multilaterales de crédito citados (BID y BIRF) se basa el contrato modelo del FIDIC, con algunas modificaciones. En la actualidad todas las instituciones multilaterales de crédito usan un modelo estándar elaborado con la FIDIC en el año.

***La figura de la concesión administrativa***

Antes de la vigencia de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, hubo un desarrollo incipiente de la figura de la concesión administrativa. Apenas existió una normativa de concesión petrolera, escasamente aplicada y una concesión unilateral minera, de vigencia relativamente reciente. La utilización de la figura de la “concesión” ecuatoriana para la explotación de recursos naturales no renovables carece de suficiente sustento en la doctrina moderna de la concesión.

En la actualidad, se clasifica la concesión como: de servicios públicos, de obra y de uso de bienes públicos; cada una con sus particularidades y características. La Ley de Modernización del Estado contempla dos de esas clases de concesión (servicios públicos y obras públicas) en el Art. 43, que enumera las “modalidades” de “Desmonopolización, delegación de servicios públicos a la iniciativa privada y privatización” –como se titula el Cap. V. de esta Ley de Modernización. Las normas jurídicas sobre concesión se encuentran más propiamente desarrolladas en el “Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado”.

***Procedimientos administrativos***

La Ley de Régimen Administrativo, derogada por la Ley de Modernización**[[416]](#footnote-416)**, resultaba más bien una ley orgánica de las estructuras y organizaciones de dependencias y entidades públicas determinadas, con escasas reglas sustantivas y procedimentales. En el ámbito del procedimiento tributario, se cuenta con un Código Tributario desde mediados del siglo XX, y en lo financiero y presupuestario se ha contado con una Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley de Presupuestos del Sector Público y Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal. Se concluye que la más extensa ley sobre normas administrativas específicas es actualmente la Ley de Modernización, con un capítulo entero sobre diferentes aspectos, algunos relativamente novedosos, del procedimiento administrativo en el Ecuador. El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva introduce el procedimiento administrativo, con especial énfasis desde 2002, inspirándose en el Régimen y Procedimiento españoles de 1992 y sus reformas de 1999.

***La Ley de Contratación Pública ecuatoriana***

La Ley de Contratación Pública vigente en el Ecuador, con antecedentes en la reforma de 1938 a la Ley Orgánica de Hacienda, específicamente se desarrolla con normas propias a partir de la primera Ley de Licitación de 1964, con influencias que se contrapesan, tanto del derecho civil como del derecho administrativo y las normativas de los bancos Interamericano (BID) y Mundial (BIRF). En efecto, al lado de la tradicional figura “exorbitante”, del derecho administrativo, de la “terminación unilateral y anticipada del contrato” vigentes desde la Ley de Licitaciones, se encuentra también una jurisdicción exclusivamente judicial y civil, que se aplicó hasta fines del siglo XX. La norma del Art. 38 de la Ley de Modernización, dispone que las controversias sobre contratos “suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público” se debían sujetar a la jurisdicción administrativa —jurisdicción que, hay que aclararlo, en el Ecuador se integra en la Función Judicial, pero que en otros países, como Francia, por ejemplo, se ubica dentro del Consejo de Estado, la denominada “jurisdicción delegada”, en contraste con la anterior “jurisdicción retenida”. Esta provisión del Art. 38 de la Ley de Modernización, reformó tácitamente el procedimiento judicial civil previsto originalmente en la Ley de Contratación Pública que viene desde la Ley de Licitaciones.

Por otro lado, la Procuraduría General del Estado, adelantándose con unos pocos años a la introducción de corrientes europeas en otros países de América Latina –corrientes que introducen en la contratación pública figuras del derecho común de los sajones—, desde hace tiempo contrapone la aplicación supletoria del derecho civil en el actuar administrativo y los principios de equidad y de justicia contra la errada interpretación que se hace de los principios “permissum videtur in omne quod non prohibitum” y en su complemento contrario “quoe non sunt permisae, prohibita intellliguntur”**[[417]](#footnote-417)**, frase esta última que en el Ecuador se traduce como: en derecho público solo puede hacerse lo que está expresamente determinado. Este principio, se ha interpretado en ocasiones como un impedimento para las soluciones necesarias ante la ausencia de una norma expresa de Derecho Público. Se podría abundar en citas de dictámenes de la Procuraduría General del Estado donde se acude al Derecho Civil para ofrecer las opciones apropiadas en el quehacer de la Administración Pública, incluso acudiendo a la analogía con figuras del derecho civil. Pero ya el decano Vedel había dicho, por ejemplo, que: “[e]l derecho privado hace figura de derecho de excepción respecto de las actividades estatales”, considerando el derecho administrativo como “el derecho común de la potestad pública”**[[418]](#footnote-418)**.

**La naturaleza del “contrato administrativo” frente al contrato público**

***Las evoluciones de los contratos administrativos y civiles***

Sin ir demasiado lejos, histórica y geográficamente, en Argentina afirmó el ortodoxo administrativista Marienhoff que “el contrato ‘administrativo’, strictu sensu, (es) un ‘acto administrativo’ de carácter bilateral”**[[419]](#footnote-419)**. Este tradicional enfoque lo aproxima a la clásica doctrina alemana e italiana, al decir de Escola**[[420]](#footnote-420)**, esquema que todavía, con ciertas matizaciones, tiene sus defensores en la actualidad. Entre los más destacados se encuentra Cassagne que, basado en el derecho positivo civil argentino, mantiene que, al menos en Argentina, “todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo”**[[421]](#footnote-421)**, lo que no es lo mismo que decir que el contrato administrativo es un acto administrativo bilateral. No obstante, se puede coincidir con este tratadista cuando argumenta que las “autorizaciones administrativas”, que se conceden como respuesta a una petición del interesado, “son actos administrativos bilaterales en su formación”.

En el mismo país, Dromi, citando a Moderne y Devolvé, distingue el “acto” del “contrato” administrativo**[[422]](#footnote-422)**. Sin perjuicio de que estos mismos**[[423]](#footnote-423)**, ilustran el caso de lo que Laubadère llamó “acuerdos convencionales generadores de efectos reglamentarios” en su clásico “Traité de Contrats Administratifs”, representados esencialmente por los contratos de concesión de servicios públicos.

Esto se debe confrontar, por otra parte, con los avatares y la génesis del contrato civil con el que se halla inexorablemente vinculado. Las características y evolución de ambas categorías jurídicas de contratos se ilustran con el debate que en los últimos años han mantenido dos administrativistas argentinos, Cassagne y Mairal precisamente sobre la figura del contrato administrativo.

Gordillo enumera los caracteres clásicos del contrato administrativo, frente a su crisis y evolución posteriores. Según este publicista, “los aspectos más característicos del régimen del contrato administrativo” —clásico y su contrapartida actual— son:

1. Limitación de la libertad contractual de las partes. Tanto la administración como el contratista particular están forzados a seguir los procedimientos impuestos por la ley, sin poder apartarse de ella. Por otra parte, en los casos de pliegos de condiciones impuestos por la administración los particulares se someten al contrato por adhesión.

También el contrato privado ha evolucionado innegablemente, en relación con la figura clásica del Código de Napoleón. Esta transformación se da especialmente en el campo de la autonomía de la voluntad:

*No existe libre voluntad de contratar ni libertad en el inquilino que concurre a celebrar el contrato de arrendamiento de un inmueble en sitio vacacional de mucha demanda, ni en el obrero que quiere contratar su trabajo en la empresa gigantesca regida por un contrato colectivo en que él no ha participado, ni en el consumidor que quiere contratar el suministro de energía eléctrica con la empresa correspondiente, ni en el patrono que debe efectuar convenios con el sindicato que agrupa a sus empleados.*

*Ciertas leyes concurren también a diluir poco a poco aquella intocable idea de que lo que se contrató, como se pactó debe cumplirse. Las tendencias propicias al “favor debitoris”, la alteración del precio de los arriendos, la reducción de los intereses en las obligaciones, las moratorias hipotecarias* **[[424]](#footnote-424)***.*

Se experimenta una crisis de la autonomía de la voluntad, con figuras como las citadas, que implican un “dirigismo contractual”. La acción del Estado “adopta múltiples formas: impone ciertas estipulaciones, fija el contenido de algunas cláusulas, declara necesaria la inclusión de otras, prohíbe ciertas formulaciones y algunos efectos, suprime algunos tipos de contratos y crea otros distintos, etc”**[[425]](#footnote-425)**. Escola también señala el caso de los contratos colectivos de trabajo, que tienen la especial característica de comprometer con sus cláusulas a todos los trabajadores de una empresa, aunque estos no hayan participado en su suscripción o incluso hayan entrado con posterioridad a esa suscripción**[[426]](#footnote-426)**. Duguit, en forma más concreta, sostuvo que ni los llamados contratos colectivos ni los contratos-reglamento, y entre ellos el de adhesión, merecen propiamente este nombre.

Según Cassagne, esta característica del contrato administrativo funciona también en beneficio del particular co-contratante, puesto que tiene moldes y características predeterminados, que impedirían al órgano público contratante la introducción de cláusulas que rompan el equilibrio de los contratantes, y critica lo que visualiza como propuesta de Mairal, que las cláusulas contractuales sean fijadas dentro de la negociación.

*A la sombra de dicha doctrina resulta que todo el sistema jurídico descansa en el predominio total y absoluto de la norma legislativa, por una parte, y, lo que es aún más peligroso, en la libertad o discrecionalidad que el autor reconoce a la Administración, fundada en su “capacidad negociadora”, para introducir prerrogativas de poder público o cláusulas exorbitantes, no previstas en las leyes o en el marco de la negociación contractual, lo cual, al menos en nuestro país, dejaría librados a los contratistas a merced del capricho de los funcionarios de turno, con el consiguiente aumento de los niveles de corrupción* **[[427]](#footnote-427)**.

2. La desigualdad jurídica de las partes.- Según Berçaitz, citado por Gordillo, la administración puede en estos contratos: “a) Adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante (*ius variandi*); b) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; que es una posibilidad que consta en la Ley de Contratación Pública del Ecuador, pero también se encuentra en el Código Civil, para ciertos tipos de contrato; y, c) Dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan”;

En la actualidad, la noción de la colaboración sustituye a la de subordinación, por lo menos en ciertos contratos. Según Cassagne:

*En los contratos que contienen prestaciones a cumplirse en plazos de cierta duración, presididos por la idea de colaboración, el contratista ocupa el lugar de la Administración mediante una suerte de delegación de un complejo de poderes y facultades, creándose así una suerte de asociación institucional (…)* **[[428]](#footnote-428)***.*

3. La mutabilidad del contrato.- Que consiste en la capacidad de la administración de adaptar o modificar el contrato si lo justifica el interés público; a diferencia de la rigidez de los contratos de derecho privado, que se denomina *ius variandi* en la doctrina, como se ejemplifica en el número anterior sobre la desigualdad de las partes.

En la contratación pública contemporánea es la misma ley la que limita la capacidad de la administración de modificar unilateralmente el contrato. Según Rivero “tiene sin embargo límites muy estrictos, que las controversias doctrinales (…) han permitido precisar: basada sobre la necesidad de adaptar el servicio a una nueva situación, solo se justifica por este motivo. Adicionalmente, más allá de un cierto volumen de modificaciones, el co-contratante puede solicitar al juez la terminación del contrato. Por otra parte, la modificación unilateral jamás puede consistir en una reducción de las ventajas financieras acordadas al co-contratante. En fin, le otorga a este el derecho de obtener una contraparte financiera por sus nuevas obligaciones”**[[429]](#footnote-429)**.

Lo que critica Mairal de lo que él llama “la teoría del contrato administrativo” son los rezagos de esas prácticas superadas; como por ejemplo se refiere a:

*(…) sería incorrecto aplicar un régimen especial que permita excluir dicha prerrogativas, firmar contratos que así las excluyan y, una vez marcha los proyectos y realizadas las inversiones, sostener que las prerrogativas estatales son irrenunciables (o dictar una ley o decreto de necesidad y urgencia que las restablezca)* **[[430]](#footnote-430)***.*

Ahora bien, esta discusión debe tener a la vista la realidad del *ius variandi* en el contexto del contrato administrativo clásico en Francia: la concesión de servicio público. El servicio público en la concepción clásica y en la concepción contemporánea requiere su adaptación a los requerimientos de los usuarios, lo que no sería posible con un contrato en exceso rígido. Así, se concibe la posibilidad de ampliar o, en general, modificar los alcances del objeto del contrato. La contrapartida de esta potestad de la Administración contratante es el principio del “equilibrio económico financiero del contrato”. El equilibrio económico no es un principio del derecho civil, ni tampoco de otros contratos públicos diferentes que el servicio público. Definitivamente no está contemplado en la contratación pública ecuatoriana, salvo en reducidos porcentajes, como por ejemplo las modificaciones establecidas a través de “órdenes de cambio”, por ejemplo.

4. Los efectos frente a terceros.- cuyos derechos pueden ser afectados y pueden imponérseles obligaciones, cuando se celebran contratos de concesión de servicios.

Esta resulta ser una característica que distingue radicalmente el contrato administrativo del contrato privado y es citada por Cassagne para probar su punto sobre la existencia objetiva de un contrato diferente que el contrato privado: el contrato administrativo. Dice este autor:

*En el derecho que rige los contratos administrativos, ya sea que tenga su fuente en la ley, en un reglamento o en el propio texto contractual (celebrado en el marco de la normativa aplicable), se admite, como un principio dogmático institucional, la extensión de los efectos hacia terceros, lo que es particularmente advertible en las concesiones de servicios públicos y de obras públicas. Aun haciendo abstracción de las diferentes explicaciones y fundamentos que se han dado en la doctrina para justificar este principio,**no se puede desconocer que se trata de un principio radicalmente opuesto al establecido en el Art. 1195, CCiv., que no admite la existencia de efectos sustantivos, constantes y permanentes sobre terceros ajenos al vínculo contractual* **[[431]](#footnote-431)***.*

5. “El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato”. “En mérito de este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre su revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas. El co-contratante debe obedecer, y solo le es dado recurrir ex post, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico”.

6. Facultad administrativa de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén previstas en el contrato.

En la actualidad la posibilidad de imponer sanciones persiste, pero limitada a las cláusulas del contrato o las disposiciones de la ley. En el caso de las sanciones económicas, se considera un derecho del contratista que la administración liquide el contrato y reembolse la cantidad correspondiente a la parte cumplida del contrato;

Incluso en la aplicación de sanciones previstas en el contrato se debe aplicar la “razonabilidad”, ha dictaminado la Procuraduría General del Estado:

*Multas por mora en contratación publica - límite legal*

*Entidad consultante: Consejo Provincial de Pichincha.*

*Base legal: Ley de Contratación Pública. Arts. 104 y 105.*

*Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. Art. 115 inc. 4° y 5°.*

*Consultas:*

*a) Si la multa por mora tiene un límite; de ser así, ¿el mismo constituiría hasta el 5% del valor de la garantía de fiel cumplimiento?; y,*

*b) ¿La aplicación de la multa rige hasta que la máxima autoridad decide dar por terminado en forma unilateral el contrato o hasta cuándo?*

*PRONUNCIAMIENTOS:*

*Con respecto a la primera pregunta:*

*Ni la Codificación de la Ley de Contratación Pública ni el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de dicha ley, determinan un monto máximo para las multas.*

*A su vez, el artículo 104 de la mencionada codificación dispone que la entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a los que se refiere esa ley, entre otras causales, si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. Por tanto, dicha potestad es discrecional para la entidad pública. En efecto, puede ocurrir que, a pesar de que el monto de las multas supere el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, no convenga a los intereses institucionales o nacionales dar por terminado unilateral y anticipadamente el respectivo contrato.*

*Por lo expuesto, de conformidad con la norma citada, no existe un límite legal para la imposición de las multas por mora.*

*Con respecto a la segunda pregunta:*

*Debe tenerse en cuenta que la aplicación de la multa, es decir de las sanciones pecuniarias, debe ejercerse dentro de la legalidad y razonabilidad, que implica la comprobación del hecho y la correlativa sanción; adicionalmente, es necesario respetar lo determinado en el contrato, en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, en sus artículos 104 y 105, y en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, en especial lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto de su artículo 115, donde se dispone que considerado los argumentos y pruebas que presente el contratista, dentro de los 15 días que la entidad le concedió para que presente sus justificaciones, la máxima autoridad de la entidad contratante resolverá, en diez días hábiles, la terminación unilateral del contrato, si procediere.*

*Por lo que, es criterio de esta Procuraduría que en el caso consultado, la aplicación de la multa rige hasta que la máxima autoridad decide dar por terminado unilateralmente el contrato.*

*Sin perjuicio de lo manifestado, tomando en cuenta que su consulta tiene que ver con aspectos económicos, es pertinente que se solicite el criterio de la Contraloría General del Estado* **[[432]](#footnote-432)***.*

7. Inaplicabilidad de la “exceptio non adimpleti contractus”, esto es, la negación del derecho del contratista a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias. De acuerdo con este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato. Si el retraso es culpa de administración no podría el co-contratante aducir el principio indicado, esto es en español, “la mora (de una de las partes) purga la mora (de la otra)” para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el contratista se encuentra de todas maneras obligado al cumplimiento de las cláusulas contractuales. Pero sí puede plantear ante el juez una acción de daños y perjuicios o la terminación del contrato en casos de incumplimientos muy graves**[[433]](#footnote-433)**.

Tampoco se considera hoy procedente de exigir al contratista el cumplimiento de su parte del contrato si la administración ha incumplido la suya. La jurisprudencia argentina ha establecido que por “incumplimiento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente, o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes”.

En este sentido, Mairal critica legislación contractual de su país que, a su criterio, aplica precisamente los principios del “contrato administrativo”:

*Por su parte, el cocontratante solo se librará de la obligación de cumplir sus prestaciones de surgir caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato. Como se observa, el cocontratante solo puede suspender su prestación cuando los incumplimientos de su contraparte pública, o los actos de la Administración nacional (¿no la provincial o la municipal?) sean de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.*

*Como resultado de estas normas nunca jugará la exceptio non adirnpleti contractus,**ni siquiera con las limitaciones que la jurisprudencia y la doctrina habían admitido. (Además, ha desaparecido el hecho del príncipe y se ha limitado severamente la teoría de la imprevisión).*

*De allí que, a menos que los textos de la contratación en sí amplíen estos derechos del cocontratante como parece permitirlo el art. 13 del Régimen de Contrataciones, la vigencia de las reglas tradicionales sobre el equilibrio económico-financiero del contrato se habrá visto seriamente afectada (…)* **[[434]](#footnote-434)***.*

Cassagne, por su parte, reconoce que algún momento suscribió las ideas tradicionales de la no aplicación del principio de “la mora purga la mora” en los contratos administrativos, siguiendo a Marienhoff. Pero, dice:

*Actualmente, somos de la opinión que, salvo prestaciones vinculadas a la continuidad del servicio público, la exceptio es oponible en los contratos administrativos, aunque la oponibilidad tampoco sea absoluta como lo señalamos en el texto* **[[435]](#footnote-435)***.*

8. El particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave**[[436]](#footnote-436)**.

La jurisprudencia argentina, también ha establecido que los contratos de la administración son esencialmente de buena fe, es decir que no le cabe lucrar en perjuicio del contratista o en general aprovecharse de él;

Dictámenes de la Procuraduría del Tesoro de la Nación en Argentina han determinado que la administración puede tener en cuenta la equidad en la resolución de casos concretos del cumplimiento de contratos administrativos;

Se encuentra generalizada la aceptación de la “teoría de la imprevisión”, que incluye los reajustes de precio, la indexación y el pago de intereses moratorios**[[437]](#footnote-437)**.

***Crisis y Evolución del Contrato Privado***

***Aplicación del derecho público y del derecho privado en los contratos del Estado***

Deesta suerte, la realidad de los vínculos contractuales de la administración considera los casos relativos al vínculo jurídico:

a) Es exclusivo del derecho público, ya que no es admisible en el derecho privado, por ser imposible su utilización por los particulares;

b) Guarda analogía con alguna figura contractual del derecho privado, pero presentando, no obstante, especialísimas características, derivadas de la propia actividad de los entes públicos;

c) Es típico del derecho privado, aun cuando en algunos aspectos menores son aplicables las reglas del derecho público.

En consecuencia, queda determinada una amplia gama contractual, de “contratos de la administración”, en los cuales, en mayor o menor grado, según los casos, tiene aplicación el derecho público.

***La contratación pública en los procesos de modernización del Estado***

El examen de las figuras clásica y moderna del contrato administrativo revela que sus principales características provienen de la concesión, que ha sido un contrato apenas utilizado anteriormente en el Ecuador, con las excepciones que se mencionan en otra parte.

Los procesos de modernización del Estado, del artículo 249 de la Constitución y en la Ley de Contratación Pública determinan el resurgimiento del esquema de la concesión de servicios y obras públicas. Incluso existen normativas aisladas que llegan a delegar al sector privado la selección y adjudicación, incluyendo nuestro país, donde sin cobrar mayores alcances, es una figura que ha sido aceptada por la Procuraduría y la Contraloría General del Estado. Nuestra Ley de Modernización incluye la referencia a “otras figuras reconocidas del Derecho Administrativo”. La Constitución va más allá al reconocer en forma genérica “otras formas contractuales”**[[438]](#footnote-438)**.

Por otra parte, la modernización no se manifiesta solamente en los esquemas de delegación al sector privado, sino también en aproximaciones contractuales a las antiguas potestades orgánicas e intraorgánicas. Así, se puede citar en Francia las figuras contractuales para un manejo más eficiente del Estado en sus relaciones con las empresas públicas y con las regiones: los llamados “contratos de plan” entre el Estado y las comunidades urbanas y “contratos de programa”, “contratos de empresa”, entre el Estado y las empresas públicas**[[439]](#footnote-439)**, “contratos de protección de la naturaleza”**[[440]](#footnote-440)**.

Se concluye este apartado subrayando los principios de la contratación pública en la actualidad, que deberán orientar cualquier normativa legal sobre esta materia. La doctrina requiere de los procesos contractuales y del contrato mismo: publicidad, concurrencia, igualdad de los oferentes y buena fe.

**La contratación pública ecuatoriana**

En consecuencia, de lo expresado cabe comparar las características del contrato administrativo al que se refiere la doctrina extranjera, principalmente argentina, de aquellas de la contratación pública ecuatoriana. Así siguiendo el esquema de Gordillo se encuentra:

1. Limitación de la libertad contractual.- Existe limitación de la libertad contractual de las partes: la administración está limitada por el principio de especialidad y constreñida por las leyes de derecho público. La Procuraduría General del Estado ha dictaminado en un par de oficios:

*Estimo que si una entidad pública va a licitar una obra determinada, el proceso debe ceñirse, en su totalidad, a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública, según los disponen los Arts.1 y 3 de la misma. No cabe, por tanto, que el Municipio saque a licitación el movimiento de las tierras pero no pague este trabajo en su totalidad, permitiendo que otra institución, en este caso la Universidad, cancele una determinada proporción. Tampoco cabe que la Universidad pague, aunque sea en parte, un trabajo que no ha contratado ni licitado. Esta figura jurídica no consta en ninguna ley, no siendo posible en consecuencia adoptarla, ya que según el Art. 39, segundo inciso, de la Constitución Política, ningún órgano del Poder Público puede ejecutar otras atribuciones que las consignadas en ella y en las demás leyes* **[[441]](#footnote-441)***.*

*Con base al análisis de las normas citadas, esta Procuraduría participa del criterio emitido por el CONELEC, en el sentido de que las normas aplicables para el proceso de concesión del Proyecto Hidroeléctrico SAN FRANCISCO, son la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y sus Reglamentos, habida cuenta de que éstas atribuyen la responsabilidad de llevar a cabo el aludido procedimiento al CONELEC; en tal virtud, los documentos que dicen relación con el contrato concesión de dicho Proyecto deben guardar absoluta armonía con la citada Ley y sus Reglamentos.*

*El CONELEC, conforme lo prevé el artículo 39 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, y el reglamento respectivo, está facultado para suscribir con la empresa seleccionada por el INECEL, el contrato de concesión para la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico SAN FRANCISCO. El control y vigilancia del cumplimiento del referido contrato corresponderá al Director Ejecutivo del CONELEC* **[[442]](#footnote-442)***.*

Por su parte, el contratista está sujeto a los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión. Al respecto también ha manifestado el Procurador:

*En lo atinente a las sugerencias planteadas por la empresa SERETEMAR para que se incluyan algunas modificaciones al proyecto de contrato y que usted traslada a esta Procuradu-ría con oficio (…), es preciso expresar que en el contrato administrativo el oferente-adjudicatario particular interviene libremente con su voluntad para vincularse con la administración en la concertación de dicho acto, sujetándose, en lo demás, estrictamente a las estipulaciones contenidas en el contrato y en los Pliegos de Condiciones que merecieran informes favorables de la Contraloría General del Estado y de esta Procuraduría, sin que, consecuentemente, le esté facultado discutir el tenor de tales estipulaciones, puesto que es un Contrato de Adhesión, en el que las condiciones son impuestas por la entidad pública contratante, por tanto no es factible incorporarlas al contrato* **[[443]](#footnote-443)***.*

2. Inmutabilidad del Contrato.- No le es dado a la administración modificar el contrato una vez que este ha sido legalmente celebrado, pero la ley y la doctrina considera casos específicos como: incremento de obra, extensión de plazo, etc., lo que se ilustra con el siguiente dictamen del Procurador General del Estado:

*La consulta se contrae por consiguiente a saber si, mediante un contrato complementario, se podría modificar los términos del contrato vigente, en lo relativo al precio del valor del objeto contratado y al plazo convenido.*

*La Ley de Contratación Pública contempla solo tres casos en los que se puede, mediante un nuevo contrato –llamado contrato complementario–modificar el contrato principal. Ellos son: el de obras complementarias previsto en el Art. 101; el de creación de nuevos rubros, Art. 102; y, el que se celebra para corregir errores, determinando en el Art. 104.*

*(...)*

*Ninguna de las disposiciones que rigen los tres casos citados es aplicable al de la consulta, porque ésta se refiere a situaciones completamente diferentes: se pretende cambiar o renegociar el precio de la obra contratada y el plazo para la ejecución de la misma, afectando el principio fundamental de la contratación pública, cual es la intangibilidad del contrato y sentando un funesto precedente que permitiría cambiar libremente el valor del contrato.*

*(...)*

*Por lo expuesto considero que no procede la celebración de un contrato complementario para modificar los términos del contrato al que se refiere la consulta, sino más bien su terminación, el cobro de las garantías, como muy bien advierte en la alternativa de la consulta, y las multas* **[[444]](#footnote-444)***.*

3. Cláusulas exorbitantes.- La Ley de Contratación Pública y otras normas de derecho público contemplan:

a. La figura de la “terminación unilateral y anticipada del contrato”.

b. Asimismo, la administración se reserva el derecho de declarar por acto administrativo el incumplimiento de los contratistas**[[445]](#footnote-445)**, previa a la ejecución de las garantías que se hubieren rendido. Sin embargo de lo cual, este procedimiento se debe sujetar estrictamente a las normas vigentes, es decir no procede que la institución misma determine los montos por daños y perjuicios porque esta decisión corresponde al juez**[[446]](#footnote-446)**.

c. Cobro de las obligaciones derivadas del contrato por la vía coactiva.

Los particulares no podrían en sus contratos propios incluir cláusulas de esa naturaleza, porque constituirían objeto ilícito. Sobre el tema ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*Pues hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano; y este Derecho prescribe que todos cuantos tengan necesidad de exigir el cumplimiento de una obligación acudan al poder judicial; la estipulación de administrar justicia por sí mismo en su propia causa, sería incompatible con la existencia misma de la asociación civil, porque eso de desempeñar el doble papel de Juez y parte es contrario a la ley a la conciencia, pues es muy difícil que impere la justicia en donde media el interés* **[[447]](#footnote-447)***.*

Pero, según la Procuraduría General del Estado no cabe exigir a los participantes de una licitación la renuncia a la acción contenciosa administrativa contra las decisiones del Comité de Contrataciones**[[448]](#footnote-448)**.

4. Sujeción estricta al contrato y a las leyes.- Además de las facultades “exorbitantes” expresamente atribuidas a la administración por la ley y el contrato, no cabe que esta se irrogue otras no contempladas en las leyes. Así, por vía de ejemplo:

El cobro de letras de cambio entregadas en garantía debe hacérselo por vía ejecutiva, si es que la entidad carece de la jurisdicción coactiva**[[449]](#footnote-449)**.

No procede a la entidad contratante retener dineros por concepto de indemnización de daños y perjuicios, sino que amerita que éstos se demanden previamente**[[450]](#footnote-450)**.

Tampoco podría la administración exigir al contratista el cumplimiento de obligaciones no contempladas en el contrato.

5. Procedimiento especial.- Las controversias derivadas de los contratos públicos están sometidas a las disposiciones del Art. 38, reformado, de la Ley de Modernización del Estado, es decir a la jurisdicción contencioso administrativa y el recurso de casación, si fuere procedente, ante la Corte Suprema de Justicia. Igual es el caso de los contratos de concesión, según el Reglamento de la Ley de Modernización, Art. 108, sin perjuicio de la intervención de la Comisión de Arbitraje, según el Art. 109 del mismo Reglamento.

6. La cuestión de los “actos separables”.- Las reclamaciones de los particulares sobre los actos administrativos preparatorios a la celebración del contrato, de preparación, competencia y adjudicación del contrato, especialmente las actuaciones de los comités de contrataciones están sometidas a la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que según la Carta Suprema, “[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 determine la ley”**[[451]](#footnote-451)** de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La doctrina se refiere a estas actividades como “actos administrativos separables”. Así, se pregunta Garrido Falla: “¿Cuál es la naturaleza jurídica de los actos dictados por una entidad administrativa preparatorios de la conclusión de un contrato de carácter civil?, ¿se trata de verdaderos actos administrativos o de actos sometidos al régimen jurídico privado? Entendemos que se trata de actos administrativos, por lo que el conflicto deberá ventilarse ante la jurisdicción contenciosa, y el contrato resultante de esa actividad administrativa preparatoria, dado su carácter “común o privado”, será impugnable ante la jurisdicción ordinaria**[[452]](#footnote-452)**.

El Consejo de Estado francés manifiesta sobre el particular: “Hoy día se considera como separable (“détachable”) todo acto anterior a la conclusión definitiva del contrato, incluido el acto por el cual la autoridad administrativa decide o rechaza pasar o aprobar el contrato**[[453]](#footnote-453)**.

7. Jurisdicción extranjera.- Cuando el contrato se celebra en el extranjero no resultará aplicable el precepto constitucional que prescribe:

*Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales* **[[454]](#footnote-454)***.*

Es decir, a contrario sensu: si el contrato se celebra en otro país con personas naturales o jurídicas extranjeras, cabe el sometimiento a una Corte extranjera. Por otro lado, el arbitraje internacional no es necesariamente una jurisdicción extraña.

Sobre la jurisdicción extranjera, la Procuraduría General del Estado ha dicho:

*Contrato de crédito externo: jurisdicción e inmunidad*

*Entidad consultante: Banco Central del Ecuador*

*Consulta:*

*En el contrato de crédito que suscribirá el Banco Central del Ecuador, el Ministerio de Economía y Finanzas y el FLAR, para instrumentar el mutuo que este último concederá al Estado Ecuatoriano, a través del Banco Central del Ecuador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, puede el Banco Central del Ecuador:*

*¿Renunciar jurisdicción y domicilio y someterse a la jurisdicción de las normas y tribunales del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América?.*

*¿Renunciar a la inmunidad que tienen los activos de propiedad de la institución depositados en el FLAR?*

*Pronunciamiento:*

*No es pertinente ni legalmente factible que el Banco Central del Ecuador renuncie a la inmunidad que tienen los activos internacionales de propiedad de esa institución, que incluyen los depósitos y el capital de la República en el Fondo Latinoamericano de Reservas; toda vez que dichos activos, por mandato del artículo 3 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, son inembargables, no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva o cautelar ni de ejecución, y sólo pueden aplicarse a los fines previstos en la antedicha ley, conforme lo ordena el artículo 2 ibídem.*

*En suma, ante un eventual incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario (Estado Ecuatoriano), el Fondo Latinoamericano de Reservas, FLAR, no podría compensar el saldo insoluto con activos internacionales del Banco Central del Ecuador, pues tales activos se encuentran afectados por mandato legal, a un fin específico uno y único, sin que puedan servir para garantizar obligaciones de terceros, por así prohibirlo de modo expreso la letra c) del artículo 97 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado. Proceder en contrario, esto es renunciar a la inmunidad que tienen los activos de propiedad del Banco Central en el FLAR, viciaría de objeto ilícito al contrato que lo contenga, pues bien advierte el artículo 1478 del Código Civil, que hay “(…) objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”, y el Banco Central del Ecuador es, evidentemente, una institución del sector público, que se rige por normas de derecho público* **[[455]](#footnote-455)***.*

8. Calidad de Intuitu Personae del contrato público.- Según Escola todos los contratos administrativos son “intuitu personae”. Canasi dice que la “prestación” del cocontratante particular es “intuitu personae”. De este principio se sigue la característica del contrato de ser indelegable, bajo sanción de caducidad**[[456]](#footnote-456)**.

Si se ha adjudicado el contrato a un consorcio de dos o más personas naturales o jurídicas, en caso de falta o impedimento de uno o algunos de los obligados indivisiblemente, corresponde al otro u otros la celebración del contrato, sin que proceda por ejemplo la intervención de sus herederos en el caso de personas naturales**[[457]](#footnote-457)**.

Igual situación se presenta en los contratos del Estado con compañías consideradas de personas, como es el caso de las compañías limitadas, donde el cambio de socios se podría considerar como un motivo de caducidad del contrato, siempre que conste en una cláusula contractual. En cambio, procedería la transferencia de acciones de compañías anónimas contratistas del Estado, porque en esta clase de compañías el elemento esencial es el capital y no la calidad personal de los accionistas.

La Ley de Contratación Pública prohíbe la cesión del contrato y determinadas limitaciones a la subcontratación. El encargo a terceros de trabajos parciales se denomina subcontratación. Para la subcontratación se ha recomendado incluir cláusulas contractuales que exijan al contratista solicitar autorización escrita previa del contratante, acompañando el proyecto de contrato a celebrarse con terceros y los documentos justificativos de su capacidad técnica y legal, experiencia y antecedentes de cumplimiento de contratos análogos**[[458]](#footnote-458)**. Ni con la aprobación escrita del contratante podrá el contratista subcontratar la totalidad del contrato**[[459]](#footnote-459)**.

***Clases de Contratos de la Administración en el Derecho Público Ecuatoriano***

Una clasificación no sistemática de contratos ecuatorianos contemplados en diferentes leyes, combina “materias” con “procedimientos contractuales” en la siguiente enumeración:

1) Adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras, regidos por:

*a) La Ley de Contratación Pública, cuando su cuantía exceda de un límite determinado;*

*b) En cuantías inferiores a la señalada son aplicables las normas reglamentarias de la institución contratante. Para el efecto las instituciones públicas expiden reglamentos internos de adquisiciones y de abastecimientos.*

2) La prestación de servicios especializados para estudios y consultoría está sujeta a la Ley de Consultoría y su reglamento.

3) En los contratos que se financien con préstamos de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador es miembro (como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo), “se observará lo acordado expresamente en los respectivos convenios (Art. 53 de la Ley de Contratación Pública).

4) Contratos financiados de gobierno a gobierno y con crédito directo del proveedor (Art. 55 de la Ley de Contratación Pública).

5) Existen además normas específicas para contrataciones especiales por materias específicas como las siguientes:

*a) Contrataciones para exploración y explotación de hidrocarburos (Legislación de Hidrocarburos);*

La Procuraduría General del Estado ha señalado:

*Convenios marco: importación de vehículos para el servicio de transporte de combustibles*

*Entidad consultante: Congreso Nacional.*

*Base legal: Constitución Política de la República del Ecuador. Arts. 23 nums. 17, 19 y 26; 244 num. 1 y 249.*

*Ley de Hidrocarburos. Arts. 1-A, 3, 65, 67 y 93.*

*Reglamento para la aplicación Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Arts. 49 y 50.*

*Reglamento de Operación y Seguridad del Transporte Terrestre de Combustibles Arts. 3 y 15.*

*Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Combustibles líquidos derivados de hidrocarburos. Arts. 3, 12, 13, 14 y 15.*

*Ley Orgánica de Aduanas. Arts. 58 y 83.*

*Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas. Arts. 75, 76, 77 y 177 inc. 2.*

*Consultas:*

*Si los convenios marco atentan o no contra los principios de libre contratación de oposición y concurrencia y de igualdad que rigen la contratación pública y por tanto han sido o no válidamente celebrados.*

*¿Cuán legal es importar vehículos para fines de transporte de combustibles, mediante “internación temporal”, evadiendo el pago de impuestos y aranceles, para destinar dichos equipos a una actividad regular y no emergente?*

*Pronunciamiento:*

*Petrocomercial está facultada para celebrar contratos de transporte de hidrocarburos, por lo que los convenios marco no vulneran norma alguna del ordenamiento jurídico, por la no exclusividad a las empresas. Además, PETROECUADOR y sus empresas filiales no se encuentran sujetas a los procedimientos precontractuales previstos en la Ley de Contratación Pública codificada, sino a las leyes de Hidrocarburos y Especial de PETROECUADOR, reglamentos e instructivos de contratación y, específicamente al transporte de combustibles, a los decretos ejecutivos 2024, 726 y acuerdos ministeriales 184 y 128. Este marco legal, puede restringir los principios de publicidad, libre competencia, oposición e igualdad de trato a los oferentes, por lo que los convenios marco jamás podrían impedir la participación de otros potenciales interesados.*

*Si la importación bajo el régimen de internación temporal, de los vehículos autotanques para el transporte de combustibles, se ha efectuado al amparo de contratos celebrados con instituciones del sector público, sería legal. Si los bienes adquiridos al amparo del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas, permanecieren en el país más allá del plazo establecido, o si se estableciere un cambio de uso de ellos, las mercancías se encontrarían ilegalmente en el país, por lo que se presumiría el perpetramiento de un delito aduanero* **[[460]](#footnote-460)***.*

*b) Contratos de aprovechamiento forestal (Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre y Reglamento);*

*c) Contratos de endeudamiento público interno y externo (Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilidad y Transparencia Fiscal).*

*d) Contratos servicios ocasionales (Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Art. 64) y contratos de trabajo del sector público, incluyendo contratos colectivos, sujetos al Código del Trabajo y otras normas complementarias (en cambio el nombramiento de funcionarios públicos no se puede considerar un contrato propiamente dicho, por tratarse de un acto unilateral del empleador público);*

*e) Concurso de Ofertas para la contratación de seguros (Ley General de Seguros);*

*Renovación pólizas: contratos de seguros de la ESPE*

*Entidad consultante: Escuela Politécnica del Ejército - ESPE*

*Base legal: Ley General de Seguros. Art. 74, 75*

*Decreto Supremo 1147 (ref. Código de Comercio) Arts. 6 inc. 2 y 7 inc. final.*

*Arts. 3 lit. f) y 14 lit. b).*

*Codificación Ley Orgánica de la P.G.E.*

*CONSULTA:*

*Si la ESPE, como institución pública de educación superior, puede renovar las pólizas de seguros actualmente vigentes y legalmente contratadas?*

*PRONUNCIAMIENTO:*

*La Ley General de Seguros no establece la renovación de las pólizas, sino el Decreto Supremo 1147 que reforma el Código de Comercio. Por tanto procede la renovación de los contratos de seguros que fueron adjudicados mediante concurso de ofertas, siempre que se realice en iguales términos y condiciones que las pólizas originales de las pólizas, sin violar el régimen de libre competencia, por una sola vez y hasta por un período igual al del contrato original.*

*Si el valor de la prima supera el monto del concurso público de ofertas será necesario el informe previo de P.G.E. y la contribución del 1% a favor de la P.G.E***[[461]](#footnote-461)**.

*f) Contrato de colocación temporal lucrativa de fondos públicos con la banca privada de acuerdo a lo permitido en el Art. 186 y 192 de la LOAFYC y regulaciones del Directorio del Banco Central;*

*g) Compraventa de valores, a través de las bolsas de valores del país (Ley del Mercado de Valores);*

*h) Contrato de fideicomiso, para la garantía del pago de contratos de adquisición de obras, bienes y servicios;*

*i) Contratos de compraventa de energía eléctrica (Ley de Régimen del Sector Eléctrico);*

6) Contratos de concesión –y de “otras figuras reconocidas por el derecho administrativo” (Art. 43 de la Ley de Modernización y Reglamento de la Ley de Modernización);

Por tratarse de “actos unilaterales” de la Administración, no pueden considerarse propiamente “contratos” las siguientes concesiones:

a. Concesión minera (Ley de Minería –esta ley acoge el criterio tradicional sobre la concesión como un acto unilateral de la administración y no un contrato propiamente dicho);

b. Concesión de playa y zona de bahía, especialmente para cultivo de camarón, también con un enfoque unilateral (Código de Policía Marítima, su reglamento y Reglamento para la Cría y Cultivo de Especies Bioacuáticas);

c. Derecho de aprovechamiento de aguas públicas —como acto unilateral de la Administración (Ley de Aguas y reglamento; Ley de Desarrollo Agrario y su Reglamento).

6) Contratos de sociedad, sometidos a la Ley de Compañías

7) Contrato de arrendamiento mercantil, así como cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que esté ampara por la Ley ecuatoriana, lo que incluiría cualquier contrato civil o mercantil, contemplados en el Código Civil, Código de Comercio y otras normas contractuales (Ley de Modernización. Art. 43, b) y e).

8) Los servicios prestados, obras y bienes solicitados y entregados, que hayan sido recibidos por autoridad competente de la respectiva entidad o dependencia pública, generan la obligación del pago respectivo aunque no haya existido contrato formal, según lo dispone el Art. 57 de la LOAFYC y Ley Orgánica de de Responsabilidad, Estabilidad y Transparencia Fiscal, Art. 38).

9) En general, se aplican la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) y el Reglamento General de Bienes del Sector Público y otras normas pertinentes al objeto y finalidad del contrato, especialmente el Código Civil.

10) En particular, son aplicables las normas específicas de la institución contratante, como su ley de creación, y sus reglamentos de funcionamiento, ya que en virtud del principio de la especialidad, estas instituciones solo pueden hacer aquello para lo que han sido expresamente autorizadas.

11) Se cita a continuación una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, donde se reconoce la existencia de *contratos civiles* de la Administración Pública:

*CUARTO.- en la especie, el Inferior razona que carece de competencia por cuanto en el contrato firmado con el Dr.NN, se establece de manera expresa en la cláusula décima, que para los efectos derivados del cumplimiento del contrato ambas partes, renuncian fuero o jurisdicción y se someten únicamente a la jurisdicción de uno de los señores Jueces de lo Civil de Pichincha (...). SEXTO.- (...) es dable establecer que dada la naturaleza del contrato; las invocaciones de la demanda, que se refieren solo a los artículos del Código Civil, a las alusiones de la Ley de Contratación Pública en cuanto a los Arts. 109 y 110, a la no inscripción en la Dirección de Personal del documento, a la jurisdicción que plantea el Art. 113 de la Ley de Contratación Pública, y a la ninguna sujeción a la Ley de Servicios Personales por Contrato que rige la relación con el sector público, añadiendo además el hecho de la exigencia de presentación de garantía sin ser puesto caucionado, da la plena razón al pronunciamiento originado en la Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en esta ciudad de Quito* **[[462]](#footnote-462)***.*

***El enfoque contractual de la Ley de Contratación Pública***

**Esquema de la Contratación Privada**

Resulta ilustrativo realizar una comparación de los esquemas contractuales público y privado, para mejor comprensión de las modificaciones introducidas por el derecho público en las contrataciones del Estado y sus instituciones:

1. Formación de la voluntad (Cumplimiento de requisitos estatutarios corporativos en caso de personas jurídicas. La capacidad de las partes).
2. Valor jurídico mercantil de “oferta” y de “aceptación de oferta”. Formación del vínculo contractual a base de una oferta debidamente aceptada.
3. Ejecución del contrato.
4. Controversias
5. Nulidad absoluta
6. Terminación:

- por mutuo acuerdo

- judicial:

nulidad relativa –rescisión

resolución –por incumplimiento de una de las partes

**Pasos de la contratación pública**

- Formación de la voluntad administrativa, que se realiza a través de un procedimiento reglado que incluye la programación de la adquisición, la elaboración de los pliegos de condiciones, que abarcan: convocatoria, condiciones, parámetros y proyecto de contrato.

- La oferta corresponde a los particulares, puesto que la convocatoria, desde el punto de vista legal, consiste en una invitación a presentar ofertas.

- A base de las ofertas presentadas y aceptadas, la Administración Pública, procede a la aceptación de la oferta más conveniente a los intereses institucionales: la adjudicación; suscripción del contrato como formalización del vínculo contractual.

- Ejecución del contrato.

- Proceden las impugnaciones de índole administrativa contra los actos administrativos preparatorios y previos a la adjudicación y contra la adjudicación misma –actos separables.

- En cambio, las controversias sobre el cumplimiento del contrato no sometidas al arbitraje se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

- La nulidad del contrato (rescisión) puede ser declarada por el juez a petición de una de las partes, en los casos de nulidad relativa y por cualquier persona en la nulidad absoluta. En este último caso, también puede el juez declararla de oficio.

- La terminación del contrato se produce en las siguientes condiciones:

a. Solicitada por el contratante público conforme las causales establecidas en el Ley y en el contrato: terminación unilateral y anticipada;

b. Terminación por mutuo acuerdo, en los casos establecidos en la Ley;

c. Del particular, conforme las causales establecidas para la resolución del contrato, es decir por incumplimiento de la Administración Pública, que se declara por sentencia judicial.

**Esquema del procedimiento contractual, según la Ley de Contratación Pública**

Como se menciona líneas arriba, la Ley de Contratación Pública regula solamente una parte limitada aunque de gran importancia en la contratación pública en Ecuador. Por vía de ilustración en este apartado se esquematizan los procedimientos aplicables. Se contemplan tres etapas: la etapa precontractual, la adjudicación del contrato y su ejecución, o fase contractual.

La fase precontractual tiene aspectos de planificación y de estructuración institucional del Comité de Contratación, al que corresponde aprobar lo actuado, incluyendo los pliegos precontractuales. El conocimiento y estudio de las ofertas presentadas en función de la convocatoria y del informe de la comisión técnica, cuando este informe corresponda, permite al Comité adjudicar el contrato o efectuar la declaratoria de desierto del proceso. Previa la celebración del contrato, se requieren los informes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado del proyecto del instrumento contractual; así como el informe del Ministro de Finanzas cuando el contrato representa egreso de fondos del Presupuesto General del Estado, es decir cuando se trata de una dependencia del Estado; esto último no es necesario para las entidades públicas, es decir aquellas que ostentan personalidad jurídica de derecho público. Para la suscripción del contrato se requiere que el adjudicatario presente las garantías de anticipo y de fiel cumplimiento del contrato, así como la garantía técnica, cuando esta corresponde. Solamente los contratos de mayor cuantía se elevan obligatoriamente a escritura pública, mientras que para los demás contratos ese trámite es opcional, bastando para los efectos legales la suscripción de un instrumento privado.

Para la etapa contractual propiamente dicha, la Ley de Contratación Pública contempla las situaciones de modificaciones contractuales, reajuste de precios, terminación del contrato, incluyendo la terminación unilateral y anticipada y la terminación por mutuo acuerdo. Finalmente, se establece la jurisdicción contencioso administrativo para las controversias, donde el texto respectivo se encuentra modificado por la reforma al Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.

**Problemas del actual procedimiento de la Ley de Contratación Pública y alternativas propuestas**

***Antecedentes***

Como se ha manifestado, solo una parte de los contratos del Estado se celebran a través de los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Pública. Pero los montos y la importancia agregados de las adquisiciones, servicios y obras adquiridos por el Estado, determinan continuas observaciones sobre diferentes aspectos del procedimiento. Uno de los aspectos más controvertidos de las prácticas actuales consiste en las múltiples exenciones para la aplicación de la Ley de Contratación Pública y las exoneraciones continuas dictadas por el Congreso Nacional para obras específicas. Se discuten también diferentes alternativas jurídicas en algunos cuantos aspectos críticos que se comentan en este apartado.

***Procedimientos***

En la Ley vigente (LCP) los procedimientos se distinguen por su cuantía y no aplican por debajo de la cuantía mínima. Las recomendaciones se orientan a establecer un solo procedimiento de contratación para todos los contratos, incluyendo la consultoría, que ahora se regula en otro cuerpo legal. La única excepción sería para la contratación de urgencia.

***Pliegos de condiciones***

Quizá la formulación de los pliegos de condiciones es el elemento más importante de la fase precontractual. Según la Ley de Contratación Pública, el pliego de condiciones contiene los siguientes documentos: Convocatoria; Carta de presentación y compromiso; Formulario de propuesta; Instrucciones a los oferentes; proyecto de contrato; especificaciones generales y técnicas; planos; valor estimado; plazo estimado de ejecución del contrato; lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso —no se requiere para concurso privado de precios y principios y criterios para elaboración de la oferta. Se ha propuesto la formulación de pliegos modelos para las diferentes contrataciones, que permitan a las instituciones respectivas su aplicación inmediata sin necesidad de recurrir a los informes de los organismos indicados. Por supuesto que en caso de modificación, sería necesaria la notificación de los cambios a estos organismos, que tienen la opción de observarlos o abstenerse de contestar, lo que significaría una aprobación tácita de los términos pertinentes. En todo caso, la ley autoriza que la Contraloría General del Estado elabore pliegos pre-contractuales modelo, que las instituciones públicas contratantes pueden adaptar a sus necesidades específicas.

***Excepciones a la aplicación de la Ley***

Como se acaba de manifestar, existen múltiples excepciones, en lo relativo a montos, así como áreas y entidades exentas. Se ha propuesto la tramitación de una “licitación restringida” para estas situaciones. Por supuesto que se deben recordar las variadas materias de contratación pública donde aplican otras normativas, como servicios públicos, minería, aprovechamiento forestal, explotación petrolera, laboral, etc. debiendo excluirse otras materias adicionales expresamente determinadas. Para todos los demás casos y para todas las entidades y dependencias públicas se debe contemplar la aplicación de la ley sin excepciones.

***Relación contractual***

Uno de los principios de la contratación ecuatoriana actual es la calidad de los contratos de ser “intuito personae” (Art. 70 Ley vigente), con la imposibilidad de la cesión de los contratos, cesión que se ha propuesto que sea posible en condiciones específicas regidas por la ley.

***Aplicación de la normativa civil***

A pesar de la doctrina concordante establecida por la Procuraduría General del Estado desde hace varios años, la Ley vigente no se pronuncia ni discute la aplicación general de la normativa civil a falta de norma expresa administrativa, es decir en forma subsidiaria. En consecuencia, parece indispensable incorporar este principio expresamente en la ley, principio según el cual las normas del derecho privado se consideran supletorias de las provisiones de la ley y de las reglas del Derecho Público.

***Impugnación de actos administrativos etapa precontractual y adjudicación***

La Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la existencia de “actos separables” –Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa distingue entre “actos reglados” y “actos discrecionales”, además de los llamados “actos de gobierno” por la doctrina. Se debe distinguir la existencia de actos administrativos impugnables administrativamente y por tanto también justiciables (Justiciable: Que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia. Diccionario de la Lengua Española). Dromi considera como actos administrativos precontractuales: 1. Llamado a licitación; 2. Exclusión de oferentes; 3. Desistimiento del licitante; y, 4. Adjudicación.

***Arbitraje***

En la actualidad se alude al arbitraje para la solución de controversias en el Art. 108 LCP y para asuntos técnicos en contratos de consultoría (Art. 40, inciso segundo Ley de Consultoría). De acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, la ley reconoce expresamente la aplicación del arbitraje en todos los contratos de adquisición de obras, bienes y servicios. Existen problemas en la actualidad relacionados con la revisión arbitral de actos administrativos definitivos de la relación contractual, como las multas y especialmente la terminación unilateral y anticipada del contrato, que tendrán que definirse doctrinaria y legalmente. La “mediación” es indispensable en los contratos de obra para resolver los asuntos que se encargan al “fiscalizador” —o a la “contraparte”, en los contratos de consultoría.

***Recepción presunta***

El Reglamento de la Ley de Contratación Pública, introdujo sin sustento legal un trámite cuasi judicial para la notificación, sujeta a liquidación de la entidad contratante o nueva notificación judicial para la liquidación. Para salvar este inconveniente, que es bastante común, debería ser posible la notificación directa al contratante, acompañada de la liquidación respectiva, aplicándose el principio del silencio administrativo positivo en el plazo de quince días.

***Normas aplicables correspondientes a la Ley de Modernización***

En todo caso, existen una serie de principios contenidos en la Ley de Modernización, perfectamente aplicables a la contratación pública y especialmente a los contratos sometidos a la Ley de Contratación Pública, pero que deberían incluirse en forma expresa en esta normativa. Cabe mencionar los siguientes:

- Acceso a los documentos (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información en los archivos públicos, Ley de Hábeas data: Constitución Política de la República).

- Documentos probatorios – referencia aplicable a documentos que reposan en la institución que invita a la presentación de ofertas, para que no sea necesario presentar nuevamente documentos que se hayan presentado con anterioridad, siempre y cuando no sea necesaria una actualización por la naturaleza de los mismos.

- Motivación (Ley de Modernización: Art. 31. Para cumplir el precepto del Art. 24, 13 de la Carta Suprema, deberían motivarse suficientemente por lo menos, los siguientes actos: 1. De rechazo de las ofertas; 2. Identificación del sistema de contratación adoptado; y, 3. Adjudicación.

***Modificación de algunos aspectos técnicos***

Finalmente, existen algunos aspectos técnicos que se han discutido y deberían introducirse en una reforma legal o en una nueva ley, como son la liquidación de planillas, reajustes en moneda extranjera y la exigencia de considerar el mantenimiento en los contratos de obra, incorporando los fondos correspondientes.

**XXIV. Elementos del contrato**

**público**

Nuestra legislación distingue en el contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales (Art. 1460 C.C.). En este punto también es perfectamente aplicable el derecho civil a la contratación pública. De hecho, estos principios del Derecho Civil han sido adaptados a la contratación pública con las necesarias modificaciones. Incluso la teoría del acto administrativo acoge estos elementos, a veces en forma inapropiada, como en el caso de la *voluntad*, cuya existencia se discute entre los elementos del acto administrativo, puesto que se considera que resulta inapropiado referirse a la voluntad de la Administración Pública. En efecto, si el contrato privado se sustenta en la autonomía de la voluntad, las reglas de la acción administrativa son la competencia y el principio de especialidad.

El Art. 1461 del Código Civil enumera los siguientes elementos como necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad: a) la capacidad; b) el consentimiento; c) el objeto; d) la causa.

Algunos tratadistas de derecho administrativo añaden a los enumerados, para el contrato administrativo, como elementos: sujetos, consentimiento, finalidad y forma**[[463]](#footnote-463)**. Dromi y Berçaitz refunden como un solo elemento los sujetos con la capacidad.

Los elementos que se añaden responden al criterio de que cabe aplicar al contrato administrativo las normas propias de los actos administrativos**[[464]](#footnote-464)**.

Asimismo, al tratar la capacidad en el derecho civil, los autores coinciden en afirmar que ella no es exactamente el equivalente de “competencia” en el campo de la administración pública. En efecto, al estudiar el contrato público, además de la competencia se considera la capacidad del funcionario que actúa como órgano público.

En esta sección se tratarán separadamente el tema de los sujetos del de la capacidad y la competencia, de modo que se consideran como elementos del contrato público: a) sujetos; b) capacidad y competencia; c) voluntad**[[465]](#footnote-465)**; d) objeto; e) causa; f) finalidad; y g) forma.

***Sujetos***

Se llama sujetos a las partes del contrato. El Código Civil dice que cada parte puede ser una o más personas (Art. 1454).

En la contratación administrativa uno de los sujetos es forzosamente un órgano administrativo, sea del Estado o de una institución pública según el ámbito determinado por el Art. 1 de la Ley de Contratación Pública, en concordancia con el Art. 118 de la Constitución Política. Se incluye también a las funciones legislativa y jurisdiccional.

No obstante, las personas jurídicas de derecho privado que manejan fondos públicos, en lo relativo a los fondos públicos que manejen, deben cumplir con requisitos determinados constantes en las leyes orgánicas de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado. Sobre el tema, el Procurador General del Estado ha manifestado:

*Contrato de adquisición: SOLCA*

*Consultante: SOLCA-Manabí*

*Consulta:*

*Si Solca-Manabí, Núcleo de Portoviejo deberá someterse, para la adquisición e importación de equipos médicos a la Ley de Contratación Pública, a la Ley de Consultoría o someterse al Reglamento de Adquisición e Importación aprobado por el Consejo Directivo de la entidad como máximo organismo administrativo, manteniendo relación con las normas vigentes en el Ecuador.*

*Pronunciamiento:*

*SOLCA, es una entidad de derecho privado, criterio que recurrentemente ha mantenido este organismo de control, por lo que, no se somete a las disposiciones de la Codificación de la Ley de Contratación Pública ni a la Ley de Consultoría, conforme lo prescribe el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, pero sí a la normatividad interna de contratación. En todo caso de conformidad con lo prescrito en la letra f) del artículo 3 de la Ley Reformatoria a la Ley de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176 de 24 de septiembre del 2003, en armonía a lo señalado en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, los referidos contratos requerirán el informe razonado y motivado del Procurador General del Estado, si la cuantía supera la base establecida para el concurso público de ofertas* **[[466]](#footnote-466)***.*

La otra parte puede ser una persona particular u otro órgano administrativo. En este último caso el contrato se denomina interadministrativo; tipo de contrato al que se atribuyen ciertas particularidades en la Ley de Contratación Pública (Art. 6, k).

***Competencia y Capacidad***

**Capacidad**

La capacidad, dice Claro Solar, consiste en la aptitud legal de las personas para el goce y el ejercicio de los derechos civiles[[467]](#footnote-467). Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces (Art. 1462 C.C.). Aparte de las causas de incapacidad enunciadas en el Código Civil, los particulares pueden verse impedidos de contratar con el Estado por causa de inhabilidades y de incompatibilidades.

Estas inhabilidades e incompatibilidades son llamadas incapacidades particulares o especiales por Claro Solar, y nuestro Código Civil dice sobre el particular: “Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos” (Art. 1463). El término prohibición, acota el autor chileno, no está empleado aquí en el sentido de un acto prohibido por la ley en sí mismo, que tendría, por consiguiente, objeto ilícito y produciría nulidad absoluta del acto. El acto en sí mismo no tiene nada de ilícito; la ley no lo prohíbe, sino que declara que no puede ser ejecutado por ciertas personas, a pesar de la capacidad general que éstas tengan para ejecutar toda clase de actos; establece especialmente que ciertas personas no pueden válidamente ejecutarlos y las hace incapaces para realizarlos.

En todos estos casos, continúa Claro Solar, hay una incapacidad particular, una incapacidad especial, que no permite a estas personas ejecutar válidamente los contratos y si intervienen en ellos, sin llenar los requisitos legales, el acto realizado es nulo relativamente; y puede ser rescindido por demanda de las personas en cuyo beneficio la ley ha establecido la disposición. El Art. 1698 del Código Civil ecuatoriano confirma esta conclusión, pues solo considera nulidad absoluta la que produce el objeto o causa ilícita, o la omisión de requisitos o formalidades exigidas para el valor del acto o contrato en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y en los actos de personas absolutamente incapaces, disponiendo que “cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato” (Art. 1698). Y concluye Claro Solar: la generalidad de los tratadistas franceses está de acuerdo en considerar nulidad relativa la que procede de estas prohibiciones impuestas a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”[[468]](#footnote-468).

Inhabilidades.- Idrobo desarrolla extensamente este tema. Cita a Cabanellas para definir la inhabilidad como el impedimento debido a causas naturales, morales o de cualquier otra índole, para desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico, celebrar un contrato o proceder en otras formas de la actividad jurídica**[[469]](#footnote-469)**.

A Ley de Contratación Pública enumerar las inhabilidades generales y especiales en los artículos 55 y 56:

*Art. 55.- Inhabilidades generales.- No podrán celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público:*

*a) El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros de Estado, los legisladores, los presidentes o representantes legales de entidades del sector público con ámbito de acción nacional, los prefectos y alcaldes;*

*b) Quienes se hubieren negado a celebrar contratos con el Estado o las entidades del sector público; inhabilidad que se extiende hasta tres años después de haberse hecho efectiva la garantía de seriedad de la oferta;*

*c) Los que hubieren incumplido contratos celebrados con el Estado o con entidades del sector público, dando lugar a la terminación unilateral de los mismos; inhabilidad que se extiende hasta cuatro años después de haberse hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento;*

*d) Quienes hayan celebrado contratos estando inhabilitados; inhabilidad que se extiende hasta tres años después de haberse declarado la nulidad de dicho contrato; y,*

*e) Los deudores morosos del Banco Nacional de Fomento.*

*El contratista incumplido o inhábil y el oferente fallido a que se refieren los literales b), c) y d) extienden su impedimento a las personas jurídicas de la misma rama de actividad a las que se encuentre vinculado como persona natural o por interposición de persona jurídica. Este impedimento afecta en la misma forma a los socios, accionistas e integrantes de esas personas jurídicas incursas en los citados literales.*

*Art. 56.- Inhabilidades especiales.- No podrán celebrar contratos con la entidad del sector público contratante:*

*a) Los consejeros provinciales y los concejales, en su respectiva jurisdicción;*

*b) Las personas naturales o jurídicas que hubieren hecho los estudios y diseño o elaborado los proyectos de obras de ingeniería o arquitectura; y, los que hubieren establecido las especificaciones de los bienes a adquirirse;*

*c) Los miembros de directorios u organismos similares o del Comité de Contrataciones de la institución convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*

*d) Los funcionarios o empleados públicos que hayan intervenido en la etapa precontractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las compañías o sociedades jurídicas o de hecho en las que tales servidores, su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad sean titulares de más del veinte por ciento del capital o tengan intereses similares; y,*

*e) Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los documentos precontractuales, relacionados con el contrato a celebrarse.*

*Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin reclamo alguno.*

El Procurador se ha manifestado sobre las inhabilidades en el siguiente dictamen:

*Contratos: impedimento legal para su celebración*

*Consultante: Corpecuador*

*Consulta:*

*Si se encuentran habilitados para celebrar contratos con las delegaciones provinciales de Corpecuador, accionistas de compañías y/o profesionales, que son familiares de un miembro del Directorio de Corpecuador.*

*Pronunciamiento:*

*Según lo dispuesto en el artículo 56 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, no están habilitados para celebrar contratos con las delegaciones provinciales de Corpecuador, los economistas de compañías y/o profesionales que son cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de un miembro del Directorio de Corpecuador, pues se daría el caso que, al tenor del artículo 3 del reglamento a la ley, los miembros del Directorio podrían calificarse a sí mismo, a sus familiares y a los accionistas de sus empresas, para contratar con las delegaciones* **[[470]](#footnote-470)***.*

Incompatibilidades.- Por otra parte, según Idrobo, la incompatibilidad es la exclusión natural o legal de una cosa a causa de otra. Es la contradicción, el antagonismo o la incapacidad para ejercer un cargo o para realizar un acto jurídico**[[471]](#footnote-471)**.

La legislación puede disponer las condiciones requeridas para contratar con el Estado:

*Radio y televisión: concesión de frecuencias*

*Entidad consultante: Superintendencia de Telecomunicaciones*

*Consulta:*

*Si es jurídicamente procedente concesionar frecuencias de radiodifusión, televisión abierta y audio y video por suscripción, a personas extranjeras, o si por el contrario dichos contratos se deben celebrar con personas naturales o jurídicas ecuatorianas, admitiendo a los extranjeros únicamente cuando sean accionistas de concesionarias nacionales.*

*Pronunciamiento:*

*La limitación establecida en el artículo 9 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, respecto de la nacionalidad del concesionario, es aplicable exclusivamente a las concesiones para la instalación y mantenimiento de estaciones de radio y televisión, mientras que dada la inaplicabilidad del artículo 3 de la citada ley, no existe en la legislación actual limitación relativa a la nacionalidad respecto de concesiones para la transmisión de audio y video por suscripción* **[[472]](#footnote-472)**.

**Competencia**

Sayagués Laso ha definido la competencia como la aptitud de obrar de los órganos públicos, especificándose así los límites dentro de los cuales pueden actuar validamente[[473]](#footnote-473).

La competencia delimita el obrar de los órganos en forma legalmente válida en determinado territorio y en determinada materia. Para la celebración de los contratos administrativos siempre debe resultar de textos legales expresos. Adicionalmente, los funcionarios respectivos tienen también señalada una órbita legal de competencia, que no pueden exceder so pena de producir actos sin ningún valor jurídico[[474]](#footnote-474).

Sobre el particular ha dictaminado la Procuraduría General del Estado: “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”[[475]](#footnote-475).

Según el principio de la juridicidad la competencia solo puede provenir de una norma legal que la establezca.

Escola manifiesta que la jurisprudencia francesa ha atemperado un tanto la aplicación del principio de la juridicidad para evitar que su estricto cumplimiento ocasione dificultades prácticas, aceptando una interpretación más amplia las normas legales sobre la competencia, mediante el principio de la especialidad[[476]](#footnote-476). Para Linares, una vez creada la persona jurídica estatal, ésta y sus órganos pueden hacer todo lo no prohibido dentro de sus respectivas competencias[[477]](#footnote-477).

En el caso concreto de la contratación del Tribunal Supremo Electoral con la Junta Nacional de la Vivienda, la expresión de estos principios sería que dentro de la competencia asignada a esta última entidad ella podría celebrar los contratos que fueren necesarios para el cumplimiento de su mandato, sin necesidad de que la ley expresamente la autorice. Mas, no tendría capacidad para actos no conducentes a sus objetivos y finalidades.

En principio, para ejercer la competencia se requiere de personalidad jurídica, pero la ley puede otorgar competencia para la celebración de determinados contratos a órganos descentralizados burocráticamente que carecen, por tanto, de personalidad jurídica[[478]](#footnote-478).

Los ministerios no tienen personalidad jurídica, sino el Estado ecuatoriano, y los ministros celebran contratos solamente en representación del Presidente de la República, conforme lo determinado en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). Asimismo, hay otros funcionarios que pueden actuar por delegación, pero esta tiene que ser otorgada expresamente y el funcionario que delega tiene que estar expresamente autorizado para ello por un texto legal. Dromi cita la legislación argentina, que dispone que el ejercicio de la competencia “es improrrogable, a menos que la delegación o substitución estuvieren expresamente autorizadas”[[479]](#footnote-479).

Por último, el órgano debe tener capacidad subjetiva, de carácter civil para celebrar el contrato. Es decir, un funcionario público que adolece de alguna de las incapacidades del Art. 1463 del Código Civil, estaría también incapacitado para suscribir un contrato público en representación del Estado o de una de sus entidades.

***Voluntad***

La formación de la voluntad de la administración es un tema importante cuando se trata de la contratación pública. En cambio, en el caso de un particular ese tema no tiene mayor relevancia desde el punto de vista jurídico. Aunque las personas jurídicas deben cumplir las disposiciones estatutarias sobre la formación de la voluntad.

La formación de la voluntad de la administración se manifiesta a través de un proceso que contiene una serie de actos previos, concomitantes y posteriores a la manifestación de esa voluntad.

En vista de que la formación de esa voluntad, es decir la ejecución de los mencionados actos, se encuentra precisamente reglada, la trasgresión de ese ordenamiento produce verdaderos vicios que afectan la validez y la eficacia de dicha voluntad[[480]](#footnote-480).

Cuando se trata del asunto de la manifestación de la voluntad administrativa, uno de los temas que se discute en la doctrina es la posibilidad del consentimiento tácito a través del silencio de la administración.

En legislación ecuatoriana se encuentra tanto la aprobación como la denegación tácitas (silencio administrativo positivo y negativo). Para los dictámenes de la contratación pública, por ejemplo, dispone la ley que si no se expiden en el término de quince días se deben considerar como emitidos favorablemente (Arts. 60 de la Ley de Contratación Pública; Art. 3, f) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31, 16).

Así, tanto el derecho positivo ecuatoriano como la doctrina aceptan la posibilidad de un consentimiento tácito por parte de la administración. Mas, en lo que se refiere a la contratación, se aplican dos principios básicos: 1) el silencio de la administración no tiene efecto alguno ni puede dar lugar a la formación de aquel consentimiento; y, 2) por regla general, la manifestación tácita de la voluntad de la administración tampoco puede generar consentimiento y, por tanto, contrato administrativo[[481]](#footnote-481).

En nuestra legislación, para los contratos de la administración la Procuraduría General del Estado ha dictaminado repetidas veces que se aplica el principio del Código Civil que manda que “[d]eberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares” (Art. 1726). El Art. 7 del Reglamento General de Bienes del Sector Público establece que para adquisiciones de bienes muebles por un valor inferior al 4% del valor establecido anualmente para el concurso de ofertas se utilizará la factura que otorgue el vendedor, pero en la adquisición de inmuebles necesariamente se exigirá la escritura pública correspondiente, cualquiera que sea el valor de la transacción.

Sea que conste o no por escrito, en ambos casos existe contrato, porque este se perfecciona desde que las partes se ponen de acuerdo, con excepción de la compraventa de bienes raíces que no se perfecciona sin la inscripción de la escritura pública respectiva en el Registro de la Propiedad.

Igual cosa ocurre con la obligación que se crea aún sin contrato cuando se reciben de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo, a que se refiere el Art. 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Ese “acto administrativo válido” puede ser expreso, por escrito, de acuerdo al mandato citado del Art. 1726 del Código Civil, pero también se producen situaciones de hecho que sustentan el requerimiento del pago, como se verá en el capítulo siguiente.

Los contratos cuyo monto igualen o excedan los montos del concurso público de ofertas de y todos los que por su naturaleza requieran de este requisito -como los de compraventa de bienes inmuebles- se otorgarán por escritura pública (Art. 61 de la Ley de Contratación Pública); con excepción de aquellos calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado, cuya ejecución corresponda a la Fuerza Pública y los que se celebren entre instituciones públicas (Arts. 6, c) y k).

***Objeto***

Uno de los requisitos del Código Civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es que dicho acto o declaración de voluntad recaiga sobre un objeto lícito (Art. 1461). Es indispensable que la declaración de voluntad tenga un objeto: la falta de objeto impide la formación del acto jurídico, manifiesta Claro Solar[[482]](#footnote-482). El Art. 1476 del Código Civil dice: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”.

Toda la doctrina posterior a la elaboración del código civil chileno, que siguió al francés en este aspecto, distingue entre el objeto del contrato del objeto de la obligación. Así Mazeaud define: “el objeto de la obligación es la prestación prometida. El objeto del contrato es la operación jurídica visualizada”. Cuando el código civil francés dice que todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o no hacer; debería decir *obligación* en vez de contrato, y  *prestación* en vez de cosa[[483]](#footnote-483).

Según el Código el objeto puede referirse no solo a cosas que existen sino también que se espera que existan, pero tienen que ser comerciables y determinadas, al menos en género. El objeto, además de lícito tiene que ser física y moralmente posible. La enajenación de cosas que no están en el comercio adolecería de objeto ilícito en los contratos entre particulares.

Alessandri ha identificado el objeto lícito con el objeto comerciable, diciendo que “[e]n el derecho ambas expresiones son sinónimas”[[484]](#footnote-484), con lo que discrepa Claro Solar. Según este autor la no identificación de licitud con comerciabilidad se da en el Art. 1480 de nuestro Código que dice que “[h]ay objeto ilícito en la enajenación: 1 De las cosas que no están en el comercio; (...)”, lo que indica que si no se trata de enajenación, no habría objeto ilícito[[485]](#footnote-485). Mazeaud identifica las cosas que están fuera del comercio expresando que “[e]l orden público, la moral o ciertos motivos particulares, prohíben la transferencia de ciertos derechos; si se estipula una tal transferencia, el objeto de la obligación es *ilícito*; se dice que está fuera del *comercio jurídico*. Entre los ejemplos citados están la vida humana, la salud, el cuerpo humano, el ser humano mismo o el derecho a la vida, el estado civil; encontrándose entre las excepciones contratos tales como los de donación de corneas o de sangre humanas. También los bienes del dominio público están fuera del comercio. Cita además: las funciones públicas, los animales peligrosos, las sustancias venenosas y ciertas materias de los monopolios fiscales en ciertos países, como el tabaco, los fósforos y la pólvora[[486]](#footnote-486). Todo lo cual, obviamente varía con las legislaciones de los diferentes países.

Todo lo dicho sobre el contrato civil se puede aplicar al contrato público, con excepción del requisito de comerciabilidad. En efecto, dice Dromi: “[l]as cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero si pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes del dominio público, por ejemplo, una concesión de uso especial de la dominicalidad pública”[[487]](#footnote-487).

Cabría matizar esta afirmación demasiado general de Dromi y de otros autores[[488]](#footnote-488) y decir mejor que *ciertas cosas* que están fuera del comercio pueden ser objeto de la contratación pública, principalmente aquellas del ámbito del dominio público.

***Causa***

Otro de los requisitos que señala el Código Civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es que el acto o declaración tengan una causa lícita (Art. 1461).

Se entiende por *causa*, define el Código, el motivo que induce al acto o contrato (Art. 1483).

Dice Alessandri que “[e]ste artículo contiene una doble confusión, muy fácil de advertir. En primer lugar, confunde la causa del contrato con la causa de la obligación; y en seguida confunde la causa con los motivos”.

Es diferente la causa del contrato de la causa de la obligación. “(...) la causa de la obligación será el hecho que la habrá generado, y podrá ser el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. En cambio la causa del contrato es el interés jurídico que induce a una de las partes a contratar”.

Alessandri pone como ejemplo la compra de un sombrero para ilustrar las diferencias. La causa para el comprador de comprar el sombrero es la obligación que contrae el vendedor de entregarle el sombrero; y la causa para el vendedor es la obligación que contrajo el comprador de pagar el precio; pero el motivo para el comprador ha sido la necesidad que tenía de usar el sombrero[[489]](#footnote-489).

Este enfoque tradicional ha variado en el tiempo después de largas discusiones acerca a la verdadera utilidad de la causa, llegándose incluso a negar su existencia o por lo menos su necesidad. Adicionalmente, la jurisprudencia francesa, siguiendo la tradición del derecho canónico, ha dado una importancia creciente a la noción de la causa interpretada como el móvil que tuvieron las partes en la celebración del contrato. Esa jurisprudencia ha llegado a anular contratos cuando los *móviles* para su celebración han sido ilícitos o inmorales[[490]](#footnote-490).

Consecuentemente, Mazeaud distingue entre la causa de la obligación y la causa del contrato, de la siguiente forma: la causa de la obligación es la razón por la cual el contratante asume su obligación; la causa del contrato es la razón, o los motivos, que han determinado a cada uno de los contratantes a efectuar el contrato.

La causa de la obligación es abstracta y es siempre la misma en cada tipo de contrato: en la compraventa, por ejemplo, siempre el vendedor se compromete a entregar la cosa para recibir el precio y el comprador a pagar el precio para conseguir la entrega de la cosa.

En cambio, los motivos del contrato varían según los individuos: son los móviles concretos, que constituyen la causa sicológica. ¿Por qué el comprador adquiere una mansión? Puede ser para habitarla, para arrendarla, para revenderla, etc. El móvil es individual y no está ligado al móvil de la otra parte, que también tiene sus móviles propios[[491]](#footnote-491).

Borda, en sus comentarios al código civil argentino, se adhiere al concepto subjetivo de causa, integrada por todo lo que ha sido *determinante* de la voluntad, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo. Es decir, considera procedente tener en consideración “los fines o móviles mediatos o personales y, por tanto, eminentemente subjetivos, con tal que esos móviles integren expresa o implícitamente la declaración de voluntado o sean conocidos por la otra parte y, *atentas las circunstancias* deban ser tenidos como fundamentos de la volición[[492]](#footnote-492).

Al estudiar la causa en el contrato administrativo, Berçaitz precisa: “1) La *causa* y los motivos presupuestos son los antecedentes de hecho y de derecho del acto o del contrato que mueven a considerar su necesidad o conveniencia; 2) *el objeto* es la acción, la cosa, el bien, mediante el cual se trata de lograr que se satisfaga o desaparezca la causa objetiva del acto o del contrato; 3) *el motivo determinante*, el fin que se trata de satisfacer o lograr, es decir, la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concertación del contrato”[[493]](#footnote-493).

Según este autor, “cuando la causa, el motivo presupuesto, por un lado, y el motivo determinante, por otro, dejan de armonizar, la causa -el motivo presupuesto- funcionan como condición resolutoria implícita para la Administración. Producido el evento de desaparición de las circunstancias de hecho o de derecho que dieron origen a la celebración del contrato, la Administración puede reclamar o disponer su revocación por razones de oportunidad o conveniencia, aun cuando ello no se haya pactado expresamente, sin perjuicio de la indemnización que pueda ser reclamada, según los casos, por el contratante.

Esta sería, en consecuencia, una notable diferencia de la causa en el derecho privado y en el derecho administrativo. En el contrato de derecho privado, basta que exista la causa al momento de la suscripción del contrato; en cambio, en la contratación administrativa, la causa debería persistir durante todo el tiempo de vigencia del contrato[[494]](#footnote-494).

Este enfoque administrativo, podría ser válido como motivación de la entidad contratante que solicitara la resiliación a la otra parte, sea esta un particular u otra entidad pública. Pero obviamente esa decisión tendría que dejar a salvo los legítimos derechos de la otra parte, los cuales se tendrían que reconocer en el acto de la terminación voluntaria que se celebre entre ambas.

***Finalidad***

Al estudiar la causa se hizo alusión al motivo determinante, que en los contratos públicos siempre es la mejor atención a las necesidades colectivas y el desarrollo de los objetivos del Estado. En cambio la finalidad es específica de cada contrato, que está subordinada al régimen legal que condiciona el obrar de la Administración y concretamente de la entidad contratante. Es decir el acto debe estar adecuado a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la celebración del contrato[[495]](#footnote-495). Escola define: “La finalidad del contrato es la condición de subordinación al fin propio del servicio de que se trata en cada caso, y que el contrato administrativo debe satisfacer”[[496]](#footnote-496).

Según Canasi, el requisito de la finalidad es de extremada importancia en el derecho público, en cuanto su no observación puede viciar los actos administrativos, y anularlos mediante el recursos contencioso administrativo de anulación por *desviación de poder*[[497]](#footnote-497).

Idrobo cita disposiciones del derecho positivo ecuatoriano que a su juicio regulan “el destino de los recursos hacia los objetivos públicos del Estado, prohibiendo la desviación hacia fines privados o extraños a los intereses de la colectividad”**[[498]](#footnote-498)**.

***Forma***

Se distingue entre formalidades y forma. Formalidad es la sucesión de pasos determinados en las normas legales y administrativas que se tienen que llevar a cabo para la validez del contrato: son los requisitos que han de observarse en la celebración del contrato. La forma, en cambio, es uno de aquellos requisitos y consiste en la materialización del vínculo contractual; que, en la contratación pública, es un instrumento escrito. En las cuantías inferiores al 4% del valor establecido anualmente para el concurso de ofertas el contrato se manifiesta en la existencia de una factura, como se vio líneas arriba. Los contratos licitados o concursados se deben celebrar por escritura pública, así como los de transferencia de bienes inmuebles.

**Procedimiento administrativo de la Contratación**

Se ha contrastado suficientemente el contrato de la administración con el contrato privado. Estas diferencias son particularmente notorias en la etapa de la formación de los contratos de la administración. En efecto, se ha visto como determinados autores niegan que exista una diferencia sustancial entre ambos tipos de contratos e insisten en que es aplicable en esta materia el derecho común con determinadas excepciones. Sin embargo, la etapa de formación de los contratos públicos es definitivamente administrativa.

Hasta en la contratación pública ecuatoriana, donde la juris-dicción sobre controversias derivadas de la ejecución de los contratos fue civil hasta hace poco tiempo, la jurisdicción aplicable para la etapa de la formación del contrato era y es la jurisdicción contencioso administrativa.

***Las etapas de la formación del contrato***

En la formación del contrato público se pueden distinguir dos etapas. La primera de ellas de orden interno, que consiste en la formación de la voluntad administrativa, tanto en el acuerdo mismo de contratar, cuanto a la forma y condiciones de esa contratación, que involucra estudio de cuestiones técnicas, económicas y jurídicas. La segunda etapa de la formación del contrato público abarca el conjunto de las relaciones de la administración pública con los particulares, entre las que se encuentra la selección del cocontratante particular[[499]](#footnote-499).

***Fases previas del procedimiento de contratación***

Antes de la convocatoria a licitación o concurso es necesario cumplir con los requisitos siguientes:

*Título III Disposiciones comunes y especiales de los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas*

*Capítulo I*

*Disposiciones comunes sobre los documentos, informes y fases*

*Art. 14.- Estudios completos.- Como requisito previo para iniciar cualquier procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con los estudios, diseños, incluidos planos y cálculos, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, recibidos, previa fiscalización, por la entidad correspondiente, y aprobados por ella, con la programación total, los presupuestos y demás documentos que se consideren necesarios, según la naturaleza del proyecto.*

*Art. 15.- Disponibilidad de fondos.- El ministerio o la entidad respectiva, previamente a la convocatoria, deberá contar con el certificado del Ministerio de Economía y Finanzas o del Director Financiero, Tesorero o Pagador, según corresponda, que acredite que existe o existirán recursos suficientes y disponibilidad de fondos, de conformidad con el artículo 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. En la certificación se hará constar el número de la partida y los recursos disponibles a la fecha de suscripción del documento.*

*Para la convocatoria a licitación o concursos con financiamiento de instituciones u organismos de crédito externo o interno se requerirá del informe previo y favorable del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la existencia de dicho financiamiento, así como de su disponibilidad, cuando fuere del caso.*

*Previa la autorización del Subsecretario de Crédito Público, podrá adelantarse en la elaboración y aprobación de los documentos precontractuales previstos por esta ley o por los respectivos convenios de financiamiento internacional o interno.*

*Para la convocatoria a licitación o concursos, de adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras, que requieran financiarse total o parcialmente con crédito externo se deberá obtener previamente el pronunciamiento de la Subsecretaría de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas en el que se fijarán las condiciones generales del financiamiento.*

*Art. 16.- Documentos precontractuales.- La máxima autoridad de la entidad, de acuerdo con la planificación establecida y considerando la naturaleza, objeto y presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a prestarse resolverá iniciar el trámite que corresponda, para lo cual deberá disponer de los siguientes documentos precontractuales:*

*a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la forma de pago; la indicación del lugar en que deben retirarse los documentos precontractuales y entregarse las propuestas y derechos de inscripción, el día y hora hasta los cuales se recibirán las ofertas y el señalamiento de la fecha de la apertura del sobre único, que se realizará hasta una hora más tarde de la fecha de cierre de presentación de las propuestas;*

*b) Modelo de carta de presentación y compromiso: contendrá la obligación del oferente de someterse a las exigencias y condiciones de los documentos precontractuales y contractuales caso de ser adjudicatario;*

*c) Modelo de formulario de propuesta: precisará rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales, plazos de ejecución, tipo de moneda, identificación y firma de responsabilidad del oferente;*

*d) Instrucciones a los oferentes: fundamentalmente comprenderán, un detalle del objeto de la contratación; indicaciones para la elaboración y presentación de la propuesta; causas para el rechazo de propuestas y facultad de declarar desierto el procedimiento; trámite de aclaraciones, garantía de seriedad de la oferta; proceso a cumplirse hasta la adjudicación; notificación de la misma; plazo de validez de la oferta; impuestos y contribuciones; forma de celebrar el contrato; sanciones por su no celebración; y, garantías que se exijan para el contrato;*

*e) Proyecto de contrato: contendrá, a más de las cláusulas que le sean propias, las estipulaciones relativas a la terminación o resolución, recepciones, obligaciones, garantías, y las demás que sean del caso, según la naturaleza de la contratación; además cláusulas que establezcan las responsabilidades de los funcionarios que no cumplan oportunamente con las obligaciones de pago previstas contractualmente, contando con los recursos económicos suficientes; y de solución de conflictos;*

*f) Especificaciones generales y técnicas: comprenderá el detalle de los requerimientos mínimos y rangos de variación, según sea el caso, sin incluir características exclusivas de determinada marca, patente o procedimientos registrados;*

*g) Planos: serán los que contengan el diseño definitivo y precisen la obra a ejecutarse en sus características básicas. En el caso de obras públicas que se destinen a actividades que supongan el acceso de público, en el diseño definitivo deberá contemplarse la existencia de accesos, medios de circulación e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad;*

*h) Valor estimado: incluirá el presupuesto referencial de la contratación, calculado en función del plazo estimado del contrato, y señalará la fecha de cálculo;*

*i) Plazo estimado de ejecución del contrato;*

*j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y,*

*k) Principios y criterios para la valorización de ofertas que deberán considerar necesariamente el porcentaje de bienes y servicios de origen nacional ofrecidos dentro de las especificaciones técnicas y de calidad que se requieren y en ningún caso los documentos precontractuales contendrán condiciones que limiten la posibilidad de participación de oferentes nacionales.*

*Todos los documentos serán elaborados, bajo su responsabilidad por la entidad. El Comité de Contrataciones aprobará únicamente los señalados en los literales a), b), c), d), e) y k), dentro del término de cinco días, contado desde la fecha de su recepción.*

***Etapa precontractrual***

Esta etapa, llamada “pre-contrato” por Dromi, se caracteriza por el contacto que se establece con los interesados en participar en calidad de oferentes, que no obliga contractualmente a las partes, pero que establece ciertos compromisos mutuos.

La Ley de Contratación Pública dispone sobre esta etapa:

*Art. 17.- Publicación de convocatoria.- Una vez que el comité cuente con los documentos definitivos para licitación o concurso público de ofertas, las convocatorias se publicarán por tres días consecutivos en dos periódicos de mayor circulación nacional, editados en dos ciudades diferentes.*

*Cuando convenga a los intereses nacionales e institucionales, la convocatoria podrá además publicarse en el exterior.*

*Art. 18.- Presentación de propuesta.- El comité fijará la fecha límite para la presentación de las propuestas, dentro del término señalado para cada procedimiento y la hora será la establecida en el artículo 21 de esta ley.*

*El comité, bajo su responsabilidad, podrá prorrogar la fecha de presentación de las propuestas, para lo cual publicará, por una sola vez, el aviso correspondiente, en el o los periódicos en que se hizo la convocatoria a licitación o concurso público de ofertas y notificará por escrito a quienes adquirieron los documentos precontractuales.*

*Art. 19.- Adquisición de documentos.- El comité entregará a los interesados los documentos pertinentes, previo el pago de inscripción, que será fijado en cada caso. En el caso de reapertura no se requerirá nuevamente dicho pago a quienes ya lo hubieren hecho. Ningún proponente podrá intervenir con más de una oferta.*

*Art. 20.- Aclaraciones.- Quienes hayan adquirido los documentos precontractuales podrán pedir, por escrito, al comité aclaraciones sobre estos documentos, hasta la mitad, del término previsto -con las ampliaciones, si las hubiere- para la presentación de las ofertas.*

*El comité deberá emitir en forma clara y concreta las respuestas correspondientes y ponerlas a disposición de los adquirentes de los documentos hasta máximo las dos terceras partes del término señalado, con sus ampliaciones, para la presentación de las ofertas.*

*De ser del caso, hasta la mitad del término señalado para la presentación de las ofertas, el comité, por propia iniciativa, enviará a todos quienes hubieren adquirido los documentos precontractuales, las aclaraciones o las modificaciones a los documentos, siempre que no se cambie el objeto de la contratación, aun cuando puedan modificarse su forma de pago y financiamiento; notificará y justificará a los organismos que emitieron los informes pertinentes.*

A la especie de culpa en que incurran las partes que desistieren de continuar las negociaciones, antes de la adjudicación, la culpa pre-contractual, se la denomina *culpa in contrahendo*.

Por supuesto que esta responsabilidad, sea de la administración, sea del oferente, no se podría reclamar si provinieren de la aplicación de las normas jurídicas que correspondan. No cabría que el oferente demande por sus diligencias y sus gastos incurridos en la preparación de la oferta, cuando se lo descalifique por el incumplimiento de algunos de los requisitos señalados por las normas legales y reglamentarias para su admisibilidad. Ni podría inculpar a la Administración por haber declarado desierto el concurso al considerarse inconvenientes todas las ofertas.

Dromi particulariza así las actividades pre-contractuales de los particulares y de la administración: “en la actividad precontractual, preparatoria, provisional o preliminar del contrato administrativo, encontramos *actos y hechos jurídicos privados* o de particulares, como la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etc.”.

“Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos *actos administrativos*, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión de oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación (...). Por otra parte, *tienen carácter reglamentario, parcialmente*, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo el Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable al caso (en Ecuador habría que hacer referencia a la Ley de Contratación Pública o los reglamentos particulares). Por último son *simples actos de la Administración*, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registraciones, etcétera”[[500]](#footnote-500).

En general, uno de los principios fundamentales de los actos administrativos es el de su estabilidad, carácter que naturalmente rige para los actos administrativos previos o preparatorios a la celebración del contrato público; y su revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia es indemnizable[[501]](#footnote-501).

***Etapa contractual***

Después de la etapa que se denominó “previa” líneas arriba, se desarrolla la etapa de la contratación propiamente dicha que está constituida por: 1) la elección del co-contratante; 2) la adjudicación; y, 3) la notificación de la adjudicación y la suscripción del contrato.

**Características de los diferentes sistemas de selección de contratistas**

La Ley de Contratación Pública regla los procedimientos para las licitaciones, concursos públicos de ofertas, adquisición de inmuebles, arrendamiento mercantil, arrendamiento de muebles e inmuebles y las que se efectúen con fondos de organismos multilaterales de crédito.

Sobre el particular expresa Dromi que “reconociendo la prioridad y jerarquía de la licitación pública, podría decirse que los principios jurídicos que informan al procedimiento licitatorio no son exclusivos de él, sino que por extensión interpretativa o analogía se aplican también a los demás sistemas de selección”.

No satisface íntegramente este criterio de Dromi, puesto que incluso dentro de la misma Ley de Contratación Pública no se deben aplicar las normas de un sistema a otro (vale decir las normas de la licitación al concurso de ofertas), sino en casos expresamente contemplados por la misma ley.

Por otra parte, las normas de contratación pública vigentes son incompletas y tienen vacíos, por lo que a veces resulta inevitable aplicar el criterio de Dromi. Idealmente, la expedición de un reglamento general para los contratos cuya cuantía sea inferior a la base establecida para el concurso público de ofertas debería de suplir esta debilidad de nuestro sistema de contratación.

En todo caso, el mismo Dromi modera parcialmente su aserto sobre la extensión interpretativa o analogía más adelante, cuando, al tratar sobre el principio general de la libertad de contratación dice que “[l]as normas positivas, legales o reglamentarias que prescriben imperativamente el procedimiento de la licitación pública, se interpretarían en forma restrictiva, a efectos de no limitar por simples analogías e interpretaciones extensivas el principio de la libre contratación”[[502]](#footnote-502), que se aplica naturalmente cuando no existen normas específicas para un tipo de contrato.

Este campo de ¿cuándo las normas de la Ley de Contratación Pública se aplican a los contratos de cuantías inferiores a las de la base para el concurso público de ofertas? resulta particularmente confuso en nuestro país.

En efecto, en el estudio particularizado de cada artículo de la Ley de Contratación Pública se requiere de una interpretación casuística emitida en cada situación por la Procuraduría y Contraloría General del Estado para determinar cuál disposición sí y cuál no se aplica también a los contratos cuyos montos no superen la base para el concurso de precios.

Así, en razón de la forma como estaba redactado el Art. 11 de la derogada Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, sobre los contratos complementarios, modificatorios o ampliatorios, que aludía a: “Para todo contrato de obra (...)”, la Procuraduría interpretó que (el Art. 11 de la LLYCO) “es aplicable para todo contrato de obra, independientemente de la cuantía del mismo y del procedimiento que la entidad ha seguido para la contratación”[[503]](#footnote-503).

Pero también aplica la Procuraduría la regla séptima del Art.18 del Código Civil a la contratación pública: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”. En efecto, dictamina que el Art. 36 de la Ley de Contratación Pública, que decía que “[e]n caso de falta de ofertas o que todas fueren rechazadas o inconvenientes, se declarará desierta la licitación (...)” se aplica también al concurso de precios, es decir no cabe declarar desierto un tal concurso por la presentación de una sola propuesta[[504]](#footnote-504).

Igualmente dijo la Procuraduría que las exoneraciones de licitación y concurso de ofertas enumeradas en el Art. 5 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas LLYCO se aplicaban también a los concursos de precios, “por la misma razón circunstancial que existe para la exención de licitación y concurso de ofertas (...). Quien puede lo más puede lo menos (...). Si los contratos de mayor cuantía, (...) se hallan exonerados de los requisitos de licitación y concurso de ofertas, no admite dudas que los casos de excepción son aplicables igualmente para los contratos de menor cuantía, como son los sometidos al concurso de precios, cuya celebración no requiere del cumplimiento de las formalidades que se observan para los anteriores, (...)”[[505]](#footnote-505).

En fin, sobre el asunto concluye Dromi: “Una u otra interpretación conducen a un idéntico fin, cual es que los principios jurídicos reguladores de la contratación administrativa (v. gr., igualdad, publicidad, decisión discrecional con límites jurídicos, etc.) imperen tanto en la licitación pública, como en la licitación privada, o en el concurso. Por otra, “[a]un cuando la licitación sea un procedimiento reglado es de observar que en el orden real o existencial *nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales”* [[506]](#footnote-506)*.*

**La libre elección como principio general**

No todo contrato de la Administración debe necesariamente concluirse previa adjudicación pública, afirma Jeze; que continúa diciendo: “La regla cierta del derecho público francés es que la Administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante. La excepción es que la competencia de la Administración está trabada desde este punto de vista, y que debe procederse por el sistema de la adjudicación pública”[[507]](#footnote-507). Esta norma aparece a cada caso relegando la libre elección del cocontratante a casos de excepción, al decir de Berçaitz; puesto que las más de las veces, la elección se cumple mediante un procedimiento especial[[508]](#footnote-508). La forma prevaleciente del contrato administrativo es la de un contrato de adhesión, en el cual la Administración pública formula las normas a que debe ajustar su conducta el cocontratante[[509]](#footnote-509).

Si el principio de la libertad de contratación es la regla y los sistemas restrictivos la excepción, se deduce que tales principios solo deben ser aplicados, obligatoriamente, a los casos específicamente determinados por la legislación administrativa vigente, dice Escola[[510]](#footnote-510).

El principio de la libre contratación se aplica por ejemplo, como se dijo líneas arriba, al contrato de inversión temporal de recursos del artículo 192 de la LOAFYC, que no tiene un procedimiento especial.

Escola considera que el principio de la libre contratación resulta perfectamente acorde con la práctica de la administración pública, que actúa siempre con arreglo a los principios de libertad y discrecionalidad en el dictado de esa vasta gama de actos que son los actos administrativos[[511]](#footnote-511).

No obstante, opina el autor citado, se impone el cumplimiento de actividades que deben respetarse siempre en el accionar público. Así, aún en los casos de libre contratación el procedimiento debería ser: 1) suficientemente publicitado; y, 2) las decisiones estarán debidamente motivadas[[512]](#footnote-512). El principio de la publicidad tendrá también su excepción en los asuntos atinentes a la seguridad nacional, cuando existan normas que establezcan la necesidad de reserva. Deben entenderse éstas como recomendaciones de administración apropiada de los fondos públicos pero no como requerimientos generalizados de la doctrina o menos aún de la legislación, a menos que tales requisitos se ordenen en forma expresa.

De hecho ocurre también que se dictan disposiciones generales indistintamente para todo tipo de contratos públicos, como hace la legislación española. Decía el Art. 10 del Reglamento General de Contratación, de España: “Son reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación aplicables a *todos los contratos del Estado*, salvo que sus normas administrativas especiales dispongan lo contrario, las siguientes:”. En cuyo caso, la regulación del contrato público pasa a ser la regla general. La regla del numeral 5 del artículo 10 citado, señalaba como una de las reglas para todos los contratos: “[l]a adjudicación (...) atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que esto no sea posible o conveniente a los intereses públicos” y el numeral 6: del mismo artículo: “la formalización del contrato en documento notarial o administrativo”; lo que prácticamente eliminaba la libre contratación. En efecto, las excepciones que se determinaban serían propiamente, si tal es el caso, contrataciones directas, mas no libre contratación. Más adelante, en su Art. 13, decía el citado Reglamento: “Cuando se trate de contratos que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico, como los atípicos o innominados, deberán cumplirse en todo caso las reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación indicadas en el artículo 10 (...)”. En conclusión, las disposiciones de los artículos 10 y 13 se aplicarán a todos los contratos del Estado que no tienen un trámite especial. En la contratación directa se aplicarán las normas expresamente determinadas para esa clase de contratos.

Igual cosa ocurre en nuestra legislación cuando determina la Ley de Contratación Pública que “en los contratos que hubieren sido adjudicados”, como en el Art. 60, que dispone el requerimiento del informe de Procuraduría y Contraloría en “todos aquellos contratos cuyo monto iguale o exceda, aunque no hubieren sido licitados o concursados”. Tal informe se requiere, consecuentemente, incluso para los procedimientos de libre contratación.

**La contratación directa**

Según Dromi, la contratación directa es el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes[[513]](#footnote-513).

***Libre contratación y contratación directa***

Se había citado a Jèze, que afirma que *la regla cierta del derecho público francés es que Administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante*. Insiste Jèze: “...cuando respecto a determinado contrato, no hay texto alguno que imponga la adjudicación...la Administración no viola ninguna regla de derecho, no excede su competencia, al concluir un contrato privado”[[514]](#footnote-514), vale decir al no recurrir a la adjudicación.

Para Escola, la diferencia entre libre contratación y contratación directa estriba en que la primera es el principio general -originario y genérico, en palabras de Marienhoff- mientras que la contratación directa, a pesar de las similitudes, no deja de ser un sistema de restricción -específica y a lo sumo subsidiaria, dice Marienhoff: como cuando se aplica ante el fracaso de una licitación[[515]](#footnote-515).

Las principales diferencias entre ambas clases de contrataciones son:

La libre contratación es la regla general; la contratación directa sólo aplica en los casos expresamente determinados por la ley;

En la libre contratación, la Administración elige libre, discrecionalmente, sin requisitos especiales al cocontratante, sin tener que cumplir para ello, en forma previa, con ningún requisito especial[[516]](#footnote-516); en la contratación directa, en cambio, “debe preparar los mismos pliegos de condiciones, generales y especiales, y las especificaciones técnicas que realiza para los casos de licitación (...). Esto hace que aun en los supuestos de contratación directa, el contrato administrativo mantenga sus características de contrato de adhesión, aun cuando la administración pública admita variantes que no afecten el objeto del contrato[[517]](#footnote-517).

Si existe la libre contratación, corresponde a la Administración resolver que la elección del contratista se haga siguiendo algunos de los sistemas de restricción, tal como ellos existen o introduciendo las modificaciones que juzgue apropiadas; en cambio, en la contratación directa, que es un sistema de restricción, no cabe omitir la omisión de sus requisitos obligatorios expresados líneas arriba, hasta el punto que su omisión invalidará totalmente el contrato, con una invalidez que podrá ser invocada hasta por terceros interesados[[518]](#footnote-518).

Para la libre contratación no sería necesaria la garantía, pero sí la presentación de los informes de ley, cuando lo amerite la cuantía, porque el Art. 60 de la Ley de Contratación Pública es uno de los artículos de la ley que aplica a todos los contratos que excedan de las cuantías indicadas y no sólo los sometidos a licitación y concurso público de ofertas.

El Art. 6 de la Ley de Contratación Pública.-

Requisitos**.-** En el Ecuador no existe una norma de carácter general que establezca requisitos como los que establecía el Reglamento General de Contratación de España, citado líneas arriba. En cambio, se puede afirmar que casi todos los casos del Art. 6 de la Ley de Contratación Pública son de *contratación directa*. Los contratos ahí enumerados están sujetos a los requisitos fijados por el último parágrafo del dicho artículo. Esta norma exige para esos contratos: a) dictámenes de ley; determinación de la causa que es en efecto una motivación, que debe obviamente constar por escrito; cuidado de que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica; d) rinda garantías; y, e) que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales. Cabe entonces afirmar que todos esos contratos, en principio, se pueden celebrar por contratación directa. Se dice, en principio, porque no en todos ellos se aplican los mismos procedimientos.

(2) Así, el contrato de transporte de correo internacional no se puede considerar de contratación directa, y menos aún de libre elección, puesto que tiene sus propios requisitos. Ellos se rigen por los Convenios de la Unión Postal Universal, Unión Postal de las Américas y España; y los de transporte interno de correo por las regulaciones establecidas en “las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto”.

(3) El contrato de la letra e), “Aquéllos que sean objeto sea de la ejecución de una obra artística, literaria o científica” tampoco se pueden considerar de contratación directa, sino que tiene su denominación específica en doctrina. Se trata propiamente de un auténtico concurso, con características propias suficientemente desarrolladas por la doctrina.

Son los llamados propiamente concursos, llamados “de proyectos” por Jèze. Estos se celebran para las obras y objetos de arte y de precisión cuya ejecución solo puede confiarse a artistas o industriales experimentados[[519]](#footnote-519). Para estos concursos, también la administración promete premios.

(4) La situación de la letra g), Art. 6 de la Ley de Contratación Pública, es de una *contratación directa*. A este procedimiento se añade el requisito de la calificación de urgencia que tiene que hacer el Presidente de la República. Adicionalmente, según el último inciso del citado Art 6, se requiere: informes de ley, en los supuestos del Art. 60 de la misma ley; examen de la solvencia legal, técnica y económica del contratista; presentación de garantías; y análisis de la conveniencia para los inte-reses nacionales e institucionales, como se manifestó líneas arriba.

(5) Cuando la contratación directa se aplica subsidiariamente, esto es por defecto, por fracaso de un sistema de restricción, se impone que esa contratación se haga sobre la base de los mismos pliegos de condiciones que se tuvieron en cuenta en el sistema restringido que fracasó. De variarse esas condiciones no sería la misma contratación sino otra diferente, resultando improcedente el sistema de contratación direc-ta[[520]](#footnote-520).

Dice el Art. 6 de la Ley de Contratación Pública que se exceptúan de los procedimientos precontractuales los contratos declarados desiertos después de la reapertura. Se suma el requisito de la declaración de urgencia del Presidente de la República, que tendrá que ser expedida por Decreto Ejecutivo, con excepción de las licitaciones o concursos públicos declarados desiertos por violación sustancial del procedimiento contractual, según el Art. 29, d) de la misma Ley de Contratación Pública. El Art. 29, b) de la ley dispone que también están impedidos de seguir el indicado trámite los contratos considerados inconvenientes para los intereses del país o la institución.

*Art. 6.- Excepciones.- Se exceptúan de los procedimientos precontractuales los siguientes contratos:*

*b) Los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en aplicación de convenios con gobiernos extranjeros que ofrezcan financiamiento en términos concesionarios y ventajosos para el país, o por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro, en este caso se estará a lo dispuesto en el artículo 53 de esta ley.*

Se reproduce el criterio del Procurador General del Estado sobre estos procedimientos:

*Créditos de gobierno a gobierno: licitación*

*Entidad consultante: Presidencia de la República*

*Consulta:*

*¿Es procedente, de conformidad con alguna norma legal vigente en el Ecuador, que exista una licitación realizada por un Gobierno Seccional del país, la cual se encuentre limitada a que el único adjudicatario de la contratación pueda ser una compañía coreana o una compañía constituida y registrada exclusivamente en dicho país?*

*Pronunciamiento:*

*Es procedente que en las licitaciones realizadas por los gobiernos seccionales que se financien con fondos provenientes del crédito de gobierno a gobierno, se limite la participación a personas naturales o jurídicas o consorcios de la nacionalidad del gobierno prestamista, o una compañía constituida y registrada en dicho país, siempre que así se establezca en el convenio de crédito suscrito entre el Gobierno del Ecuador y el gobierno prestamista, ya que en dichos contratos de crédito se cumplieron todos los requisitos de procedimientos establecidos en la LOAFYC y en la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal; y, porque las estipulaciones de los convenios de préstamo de gobierno a gobierno deben cumplirse por mandato de la Constitución y de la ley ecuatoriana.*

*En cuanto a la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 53 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, referente a la posibilidad de participación de empresas nacionales, esta Procuraduría aclara que no es una imposición de la ley sino una facultad discrecional, esto es, una situación a considerarse, siempre que así lo establezca el convenio de crédi-to* **[[521]](#footnote-521)**.

iv) Contratación directa de consultoría.**-** De la *contratación directa* en consultoría se trata en la Ley y Reglamento de Consultoría. En estos artículos se detalla el procedimiento para examinar la oferta del consultor seleccionado. La Ley de Consultoría exige el cumplimiento de ciertas condiciones que ahí se especifican, entre las cuales seguir un procedimiento determinado cada caso, cumplido lo cual la Administración procede a la contratación directa del consultor.

Otro caso de exoneración de requisitos es el establecido en la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, a lo que se refiere el Procurador General del Estado:

*Contratación de servicios profesionales especializados: informes*

*Entidad consultante: Ministerio de Economía y Finanzas*

*Consulta:*

*¿Puede el Ministro de Economía y Finanzas proceder a contratar directamente, por razones de confianza originada en las experiencias de servicios prestados con anterioridad, que garantizan reserva y confidencialidad, así como seguridad jurídica en las operaciones de crédito público que pudiera realizar en el exterior, a un estudio jurídico que ha prestado sus servicios profesionales especializados, con vasta experiencia en el campo del endeudamiento público y operaciones de crédito público?*

*Pronunciamiento:*

*En razón que el tipo de contratación al que alude en su consulta se inscribe dentro de los actos y contratos a los que se refiere el primer inciso del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 11 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, considero que este tipo de contrataciones, expresamente exceptuadas del trámite previsto por las leyes de contratación pública y de consultoría, deben ser normadas por el propio Ministerio de Economía y Finanzas (en atención de la facultad contenida en el inciso segundo del mismo artículo innumerado); advirtiéndose que en forma previa al perfeccionamiento o suscripción de tales contratos, y en observancia del mandato que obra del inciso tercero de la norma ibídem, se deberán obtener los dictámenes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado* **[[522]](#footnote-522)**.

v) Aun en el caso de la libre contratación es procedente que el Estado o sus instituciones soliciten cotizaciones o condiciones, en la forma de ofertas a término, a proveedores determinados, forma pública o privada. Mas, entre las características de la libre contratación está que la Administración [*n] no está obligada a dar a los competidores desplazados los motivos que han conducido al rechazo de sus ofrecimientos. La elección hecha por la Administración no puede originar ninguna reclamación de parte de los competidores*[[523]](#footnote-523).

vi) Además de los casos en que no exista procedimiento específico señalado, también se aplica la libre contratación en nuestro país en los casos enumerados en el Art. 6 de la LCP.

vii) En el tema de la libre contratación y los sistemas restrictivos, Dromi encuentra connotaciones de índole político-filosóficas, identificando al Estado liberal clásico con los sistemas de restricción y al Estado moderno intervencionista con la tendencia hacia la libertad contractual.

Sobre la contratación directa se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado:

*Declaratoria de obra emergente para su contratación directa*

*Consulta:*

*Si puede contratar como obra prioritaria y emergente el alcantarillado sanitario de ese cantón, de manera directa, al amparo de lo previsto en el artículo 6, letra a) de la Ley de Contratación Pública, en concordancia con los artículos 1, 2, 4, 5 y 7 del reglamento sustitutivo del reglamento general de dicha ley.*

*Pronunciamiento:*

*Ni la Ley de Contratación Pública ni el reglamento mencionado disponen que en estos casos las obras calificadas como emergentes se deban contratar directamente, como se señala en el oficio que contesto. Es decir que, por regla general, lo que debe tramitarse es un proceso de selección para poder adjudicar el contrato a la oferta que sea considerada como la más conveniente para los intereses institucionales y nacionales. Solo excepcionalmente y cuando resulte imposible realizar dicho proceso de selección procede que se contrate directamente una obra, de conformidad con la previsto en el inciso final del artículo 5 del reglamento antes referido* **[[524]](#footnote-524)**.

Una constante del Estado moderno es la creciente complejidad de los trabajos públicos. Se constata que el carácter especializado de esas obras conlleva aspectos que van más allá de la simple comparación de precios. Esas consideraciones desembocan en “nuevas soluciones en materia de contratación”, que son a) la licitación privada o restringida, en que la administración determina discrecionalmente quiénes son los concurrentes con capacidad suficiente, y; b) la contratación directa, que permite la elección directa del contratista.

En el sistema vigente de economía más o menos dirigida, desaparecen dos importantes presupuestos del Estado liberal clásico: a. la libre concurrencia; y b. la libre fijación de precios por la oferta y la demanda.

Los principios de la libre concurrencia se ven atemperados por disposiciones proteccionistas o preferenciales a favor de empresas nacionales, por ejemplo. En cuanto a los precios, en la economía dirigida el Estado fija los precios y se elimina la verdadera licitación.

viii) Las instituciones prestamistas internacionales que principalmente operan con el Ecuador, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial de Reconstrucción y Fomento (BIRF), influyen extraordinariamente en las normas que se aplican en los contratos de obras que ellos financian (Art. 53, Ley de Contratación Pública). Estos bancos rechazan el proteccionismo nacional y requieren la apertura a empresas extranjeras en las licitaciones para obras financiadas con sus recursos, por encima de ciertos montos. En cambio, para la contratación de consultorías, preconizan los sistemas restringidos por los cuales no se llame a más de seis firmas, ni menos de tres.

***La presentación de las ofertas***

Las ofertas deben mantenerse por el período estipulado en las bases y solamente con la adjudicación quedan los oferentes no favorecidos liberados de su compromiso. Este requisito consta en el Art. 16 *Documentos Precontractuales*, letra d) de la Ley de Contratación Pública que trata de “las instrucciones a los oferentes”, que entre otras cosas comprenderá el “plazo de validez de la oferta”. Esta disposición es lógica y dispone que la oferta deba caducar en algún momento si no se lleva a cabo la adjudicación dentro de un plazo determinado. En discordancia con esto, no queda claro del texto del Art. 76 de la LCP que las garantías puedan asimismo tener un plazo, puesto que si bien alude a la “obligación de mantener en vigencia las garantías otorgadas, de acuerdo con su naturaleza y términos del contrato”, en cambio a continuación expresa que “la renovación de las garantías se efectuará con por lo menos cinco días de anticipación a su vencimiento; caso contrario las hará efectivas”. Con lo que prácticamente la administración podría impedir el retiro de una oferta después del plazo de validez que señala esta ley, por lo que esta disposición no se debe entender que es aplicable a la garantía de seriedad de la oferta.

El retiro de las ofertas antes de la adjudicación vendría a constituir retractación *tempestiva* de la oferta, a la que se refiere el Art. 144 del Código de Comercio. La Administración, por su parte, no puede modificar las bases de la licitación con posterioridad a la publicidad del llamado. La Procuraduría General del Estado ha manifestado que no se pueden “modificar las bases con posterioridad a la presentación de las propuestas”[[525]](#footnote-525).

***La adjudicación del contrato***

Sobre la adjudicación y la notificación correspondiente, dice la Ley de Contratación Pública:

*Art. 26.- Adjudicación.- El comité resolverá sobre la licitación o el concurso público de ofertas dentro del término de diez días contado desde la fecha del vencimiento del señalado en el inciso final del artículo anterior.*

*En todos los casos, el Comité adjudicará el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales.*

*Art. 27.- Notificación.- El Presidente del comité notificará por escrito, a los oferentes dentro del término de tres días contado desde la adjudicación, el resultado de la licitación o concurso público de ofertas, y el funcionario respectivo devolverá las garantías que corresponden a las ofertas no aceptadas.*

Debe tomarse en cuenta que el Comité de Contrataciones tiene competencia para cumplir con los procedimientos precontractuales comunes, pero no con los trámites exonerados de los procedimientos, en cuyo caso la adjudicación corresponde al máxima autoridad contratante**[[526]](#footnote-526)**.

En el expediente con la documentación del contrato debe constar necesariamente la Resolución de adjudicación, conforme lo determina el Reglamento de la LCP**[[527]](#footnote-527)**. No se puede condicionar una adjudicación, por falta de sustento en la Ley de Contratación Pública**[[528]](#footnote-528)**.

Siguiendo la regla general de las actuaciones administrativas, la adjudicación surte efectos a partir de la notificación al adjudicatario.

**xxv. La ejecución de los contratos públicos**

Respecto a la ejecución de los contratos públicos, seguimos a Laubadère, Moderne y Devolvé cuando, a continuación de los principios generales, analizan los diversos aspectos de esa ejecución: obligaciones respectivas de las partes, sanciones de sus obligaciones, prerrogativas especiales de la administración y consecuencias jurídicas de los “incidentes de la ejecución”[[529]](#footnote-529).

***Principios generales de la ejecución de los contratos***

**El consensualismo del contrato administrativo y la intención común de las partes**

En repetidas ocasiones en esta obra se hace referencia a las similitudes y discrepancias entre el derecho civil y el derecho público. En este asunto del consensualismo, el contrato público se encuentra estrechamente identificado con el contrato privado. Como en el derecho civil, se admite para el contrato público la primacía de la intención común de las partes.

En consecuencia de este principio, se aplican en la interpretación de estos contratos las reglas generales del Código Civil, contenidas en el Título XIII del Libro IV, denominado *De la Interpretación de los Contratos*, cuyo primer artículo (Art. 1576) dispone que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Idrobo deplora las confusiones que pueden darse sobre estos principios, cuando se aplican normas del derecho civil inaplicables a los contratos públicos: “Con harta frecuencia, en el quehacer contractual de la administración leyes civiles o mercantiles en asuntos que están regidos por el derecho público administrativo”. Este autor aclara que en la contratación pública rige “sólo subsidiariamente, el derecho privado”[[530]](#footnote-530). Pero a diferencia de otros países de tradición administrativa, en el Ecuador no se de-sarrolló una teoría de las prerrogativas públicas y tampoco de la contratación administrativa. En Ecuador, la contratación pública se ha ceñido a la normativa vigente y no contempla en la ejecución de los contratos algún tipo de facultades implícitas del contratante o concedente, diferentes de las establecidas en forma expresa en la ley y en el contrato.

Pero hay que recordar que en el Ecuador, hoy funcionan por lo menos dos sistemas de clasificación de contratos del Estado: 1. la contratación pública tradicional, reglada por la Ley de Contratación Pública para contratos de adquisición de bienes, obras y servicios que no son de Consultoría, que excedan de cierta cuan-tía. 2. La contratación administrativa, propiamente dicha, normada principalmente en la Ley de Modernización y su reglamento, para los contratos de concesión de uso, de servicio público o de obra pública.

Laubadère, Moderne y Devolvé, a quienes se sigue en este acápite de la ejecución de los contratos, destacan que la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado en Francia, ha consagrado la aplicación de estas reglas. En lo referente a interpretación manifiestan: “La regla según la cual el juez debe buscar, más allá de los errores manifiestos, sea para resolver las contradicciones del texto, sea incluso para dar a ciertas estipulaciones el sentido correspondiente con la finalidad perseguida por los contratantes”[[531]](#footnote-531).

No obstante lo dicho, según Laubadère, Moderne y Devolvé la teoría de los contratos administrativos en Francia toma en consideración las finalidades de este tipo de contratos, en cuanto involucran el concepto de los servicios públicos. En este caso, por el interés general que reviste su cumplimiento, la doctrina citada descartaría la aplicación del Art. 1162 del Código Civil francés a la interpretación de los contratos administrativos. En términos de este artículo, “en caso de duda, el contrato se interpreta contra el que ha estipulado y a favor del que ha contraído la obligación”.

Se podría encontrar un equivalente de esta norma en la el Art. 1582 del Código Civil ecuatoriano que dispone que “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”. En el caso de la contratación administrativa debemos entender como deudor al contratista.

Con base en la evolución experimentada en la doctrina contemporánea de la contratación pública y particularmente en el Ecuador, tendiente al equilibrio e igualdad de las partes, en contraste con la antigua tendencia de subordinación del contratista, se justificaría que también se aplique este principio a los contratos públicos de Ecuador; es decir el principio de aplicación de las cláusulas ambiguas a favor del deudor, vale decir del contratista.

La razón de interpretar las cláusulas ambiguas a favor del contratista proviene del hecho que dichas cláusulas son determinadas por el contratante, vale decir el Estado y sus instituciones.

Por eso, resulta relevante el segundo parágrafo del artículo que comentamos del Código Civil ecuatoriano (Art. 1582), que dispone que “las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la falta provenga de una explicación que haya debido darse por ella”. Esto se aplica directamente a la posición del Estado y sus instituciones, que en las bases y modelos de los contratos a suscribirse “dictan”, en el sentido que entiende el Código Civil, las cláusulas de esos contratos, que por eso se los ha llamado “de adhesión”.

**La noción del servicio público**

Al tratar la naturaleza del contrato público se enumeran las doctrinas que describen el accionar del Estado. La noción del servicio público es la doctrina que prevaleció en Francia desde fines del siglo XIX, por el impulso doctrinal de Duguit y la base jurisprudencial del Consejo de Estado. Esta doctrina influye en todo el desarrollo del derecho administrativo y de los contratos del Estado.

Todavía hoy, la característica que distingue un contrato privado de un contrato administrativo del Estado, en Francia, es el cumplimiento de una finalidad de servicio público. Cualquier finalidad de servicio público en un contrato determina ineludiblemente su carácter administrativo. Los demás son contratos privados del Estado.

Así Laubadère, Moderne y Devolvé afirman: “El contrato administrativo constituye uno de los medios por los que la administración asegura el funcionamiento de los servicios públicos”[[532]](#footnote-532).

Esta distinción entre contratos de derecho privado y de derecho público de la Administración no existe en la legislación ecuatoriana, donde todos los contratos que celebra el Estado y sus instituciones se denominan apropiadamente “contratos públicos”.

Pero si se acepta que el contrato administrativo es un medio de cumplir el funcionamiento de los servicios públicos, se debe aceptar la consecuencia de ese principio, que según Laubadère, Moderne y Devolvé es que la ejecución del contrato administrativo además de comportar para el contratista la realización de las obligaciones estipuladas por las partes, convierte también a ese contratista en un medio más o menos directo del funcionamiento de un servicio público.

Esta consideración de resultar el contratista co-partícipe en la ejecución de un contrato público, determina la aplicación de normas del derecho administrativo que se apartan de los principios del contrato civil. Así, se cita el comentario de Corneille sobre una sentencia del Consejo de Estado en este sentido: “En todo contrato relacionado con el funcionamiento mismo de los servicios públicos, el Estado no contrata como un simple particular. No busca la gestión de intereses restringidos, de intereses individuales. El Estado contrata para la colectividad, para el público, para los usuarios del servicio público, para el interés colectivo y general. Y por tanto cada vez que contrata la realización de servicios públicos, hace algo diferente que un contratante ordinario, un contratante del Código Civil o del Código de Comercio. Puesto que el Estado hace algo diferente que el contratante ordinario, no hay que aplicar a esta otra cosa las mismas reglas que los contratos de derecho común: es la lógica y por lo tanto es el derecho”[[533]](#footnote-533).

Esto significa que el contrato administrativo convierte al contratante en un colaborador de la administración, un colaborador del servicio público.

Estos criterios llegaron a extremos como los expuestos en una sentencia de 1945, que afirma que “(el explotador de un servicio público) debe asegurar el servicio en tanto que no se oponga un obstáculo material, una imposibilidad absoluta, inclusive si la prolongación de su actividad lo conduzca a la ruina, bajo reserva del derecho de resiliación”[[534]](#footnote-534).

Ésta es una interpretación que, sin duda, no cabe en la contratación pública ecuatoriana, pero que afecta toda la doctrina francesa de la contratación administrativa.

En esta obra se ha reiterado en señalar estas diferencias fundamentales entre esa doctrina, recogida también en parte por los administrativistas argentinos y la normativa de ese país. Resulta importante identificar las consecuencias que se derivan de esos principios, para evitar en forma equivocada aplicar a los contratos públicos ecuatorianos que no sean específicamente aquellos de concesión para la prestación de servicios públicos; y aun en esta última circunstancia, se deben descartar la aplicación de aspectos doctrinarios que no cuadran en el sistema de derecho público ecuatoriano.

**La noción de las prerrogativas de derecho público**

En la celebración misma del contrato el Estado se convierte en “parte”, que lo pone en un cierto pie de igualdad con el contratista. Lo somete, como se ha visto, a normas generales de interpretación del derecho civil.

No obstante, el Estado se reserva ciertas prerrogativas de la potestad pública que, se ha visto anteriormente, son en la contratación pública ecuatoriana: la terminación unilateral y anticipada del contrato y la declaración unilateral de incumplimiento y consecuente aplicación de sanciones.

Se reputa incumplimiento del contrato cuando el contratista no solicita a la entidad contratante la recepción de la obra, franqueando la vía de la terminación unilateral y anticipada del contrato:

*Recepción definitiva de la obra*

*Consultante: Consejo Provincial de Imbabura*

*Consulta:*

*¿Cuál es el procedimiento que la entidad debe adoptar para obligar a los contratistas a presentar la solicitud para que efectúen la recepción definitiva, acorde a lo que dispone el artículo 83, inciso primero de la Ley de Contratación Pública, toda vez que el incumplimiento de esta disposición legal ha generado inconveniente en el orden administrativo, contable y financiero de la corporación provincial?*

*Pronunciamiento:*

*Constituye una obligación del contratista el solicitar la recepción definitiva de las obras de acuerdo con los términos constantes en el correspondiente contrato. El no hacerlo produce un incumplimiento que, de conformidad con lo previsto en el artículo 104 letra a) de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, ocasiona que la entidad contratante pueda dar por terminado el contrato anticipada y unilateralmente, previo el trámite y con las consecuencias señaladas en el artículo 105 de la misma ley codificada* **[[535]](#footnote-535)**.

En cambio, no son aplicables en los contratos públicos, otras prerrogativas que se admiten en el régimen de servicio público, principalmente de modificación unilateral de las cláusulas contractuales.

**La noción de la mudanza del contrato por cambio de circunstancias**

Los criterios antes expuestos sobre el contrato de cumplimiento de servicios públicos, se ve parcialmente compensado con las posibilidades de evolución y de mudanza del contrato y sus consecuencias que, según Laubadère, Moderne y Devolvé, “contrastan indudablemente con la fijeza mucho mayor del contrato civil”[[536]](#footnote-536). Lo cual tal vez fue cierto en una época, pero no lo es hoy día, donde al decir de Idrobo las consecuencias del concepto de la mudanza del contrato, entre las cuales se encuentra la *teoría de la imprevisión* es aceptada actualmente “no sólo en el derecho público, sino en el derecho privado”[[537]](#footnote-537)aunque en el derecho privado no es de general aceptación. No obstante se ha aclarado suficientemente por la doctrina en la actualidad la diferencia entre ambas figuras (modificación del contrato e imprevisión), a pesar de algunas semejanzas. Según Cassagne,

*La diferencia está pues en el riesgo que corre o asume el contratista en cada caso, riesgo que en el derecho administrativo se cubre con mayor amplitud dadas las cargas, deberes y obligaciones que pesan sobre el contratista, (…)* **[[538]](#footnote-538)***.*

La noción de la mudanza del contrato por cambio de circunstancias se manifiesta de diferentes formas en la ejecución del contrato administrativo. En primer lugar, para efectos de la interpretación, obviamente la jurisprudencia administrativa considera en primer lugar los cambios de circunstancia para definir el alcance de las obligaciones de las partes. Para determinar ese alcance en un momento determinado, durante la ejecución del contrato, se requiere tomar en cuenta esos cambios de circunstancias. En este contexto, la noción de la mudanza del contrato no se manifiesta como un elemento característico solamente de la contratación administrativa. En efecto, el juez, en cualquier tipo de contrato sea civil o administrativo naturalmente tiene que acudir a la intención inicial de las partes, de acuerdo con las reglas del derecho común.

Para Laubadère, Moderne y Devolvé, lo que resulta característico de la contratación administrativa son los métodos de interpretación, que permitirán establecer distinciones entre los procederes del Consejo de Estado y los tribunales comunes.

Se considera como una situación común de la contratación administrativa que el cambio de circunstancias se pueda convertir en posible fuente de novación en la obligación de las partes.

En el derecho positivo ecuatoriano sobre contratación pública, las causas imprevistas, técnicas o económicas, o de fuerza mayor o caso fortuito son la condición necesaria para la celebración de los contratos complementarios, pero dentro de límites restringidos (Art. 96 y ss. LCP) y para su terminación por mutuo acuerdo (Art. 103, LCP).

Un ejemplo al que se acude comúnmente en el derecho administrativo francés, resulta del surgimiento de circunstancias enteramente novedosas, en caso de haberse reconocido a un co-contratante un privilegio de exclusividad.

Si un concesionario de servicio público, se niega a la actualización de la tecnología en su prestación, el Estado tiene derecho de acudir a un tercero que esté dispuesto a suministrar el servicio con las condiciones nuevas. El cambio de circunstancias aparejado por la evolución de las técnicas o el crecimiento de las necesidades sociales acarrea una verdadera novación de la cláusula de exclusividad, transformando el monopolio del co-contratante en un simple derecho de preferencia[[539]](#footnote-539).

El Reglamento de la Ley de Modernización detalla los casos y condiciones en que el concedente puede disponer la modificación del contrato de concesión, por razones de interés público. La norma dispone también la posibilidad de que, en tal caso, pueda el concesionario solicitar la revisión del sistema tarifario. En caso de falta de acuerdo, se franquea la vía para acudir a la vía arbitral**[[540]](#footnote-540)**.

Estos ejemplos resultan sin duda excepcionales en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Mas esa jurisprudencia no sólo admite las “nuevas circunstancias” cuando no han sido previstas por las partes, es decir si eran verdaderamente imprevisibles. Por supuesto que en el caso de que la eventualidad hubiera estado prevista en el contrato, el juez tendrá que aplicar las soluciones previstas por las partes en el mismo contrato.

Este poder de la administración pública que impone nuevas cargas al contratista que desarrolla un servicio público no es en modo alguno discrecional. El ejercicio de tal potestad está sujeto a la existencia de condiciones que lo justifiquen.

La contrapartida de estas imposiciones de la administración es el surgimiento de la teoría de la imprevisión, que separa verdaderamente el contrato administrativo del contrato civil.

Así, a diferencia de la jurisprudencia civil, la jurisprudencia administrativa admite, en determinadas condiciones, la teoría de la imprevisión. Esta teoría beneficia al contratista puesto que sirve de fundamento de los derechos pecuniarios no previstos en las disposiciones escritas del contrato[[541]](#footnote-541).

Este tipo de pago adicional por circunstancias imprevistas, sólo podría hacerse contractualmente en el Ecuador, en la forma de contratos complementarios, siempre y cuando, por supuesto, se celebren con anterioridad a la prestación adicional.

Para los casos en que no se haya podido celebrar el contrato con anterioridad a la prestación adicional, se podría aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa, que hemos visto en otra parte de esta obra, permitiría pagar gastos no previstos incurridos por el contratista en el cumplimiento del objeto del contrato.

**La noción del equilibrio financiero**

La posibilidad de modificación del contrato significa un incremento del riesgo del contratista. Como contraparte, el derecho administrativo determina la noción del equilibrio financiero, que ha sido llamada también *la equación financiera del contrato*. Se podría encontrar en este enfoque de la contratación administrativa otra diferencia con el contrato civil y también con el contrato público. En caso de cambio de circunstancias, el derecho civil apenas autoriza la excepción de inejecutabilidad.

Esta noción proviene en realidad de una jurisprudencia de la equidad, uno de los numerosos ámbitos donde el Consejo de Estado procede, en sus propios términos, a una interpretación razonable del contrato. Este principio requiere de satisfacer requisitos determinados para su aplicación, donde se encuentran ciertas discrepancias de la doctrina.

Para estos efectos hay que distinguir entre los hechos de la propia administración que vienen a modificar las condiciones de la prestación; y aquellos sucesos exteriores que lo afectan.

La teoría del equilibrio financiero del contrato funciona en caso de modificaciones de las condiciones ocasionadas por acontecimientos externos, salvo que tales modificaciones y condiciones hayan sido expresamente contempladas en el contrato.

Solamente en los casos de imprevisión se puede aplicar la noción del equilibrio financiero, para compensar modificaciones provenientes de causas exteriores. Recuérdese que a su vez, la teoría de la imprevisión tiene una serie de condiciones específicas para que se considere aplicable. En todo caso la teoría de la imprevisión no se aplica en casos de simple ruptura del equilibrio, sino de “trastorno” del contrato. Inclusive en estos casos la Administración no estaría obligada en restituir el equilibrio inicial del contrato, sino tan solo de suministrar al cocontratante una contribución para ayudarlo a afrontar el desequilibrio producido.

Según Laubadère, Moderne y Devolvé, el principio que impide a la administración de romper el equilibrio del contrato, so pena de responsabilizarse por el restablecimiento del equilibrio financiero, constituye una regla de la jurisprudencia, que se funda a la vez en la equidad (como contraparte de los poderes exorbitantes) y en el interés mismo del servicio público, del cual el cocontratante resulta en definitiva ser el colaborador[[542]](#footnote-542).

**Los efectos generales de los contratos del Estado**

Los efectos generales de los contratos públicos son los mismos que aquellos de los contratos públicos, si bien ambos tipos de contratos difieren en su régimen jurídico.

Así, son efectos del contrato público:

1.- La creación de obligaciones de las partes;

2.- Las responsabilidades de las partes en caso de incumplimiento;

3.- Surten efecto exclusivamente entre las partes, sin afectar a terceros.

***La obligación de ejecutar***

Este principio se manifiesta en el Art. 1561 del Código Civil que dispone que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Esto se aplica sin duda para el co-contratante particular, pero también a la administración pública.

Las llamadas cláusulas exorbitantes constituyen una cierta derogación del principio de la igualdad de los contratantes.

Estas cláusulas exorbitantes, constantes también en la contratación pública ecuatoriana, requieren tener su antecedente en la ley y constar en forma expresa en el contrato, sin que se entienda que pueden aplicarse a base exclusivamente de prerrogativas implícitas de la Administración Pública, como se ha visto; es decir que las cláusulas exorbitantes actúan en los casos específicos determinados en el contrato, con antecedente en la ley. Para la terminación unilateral y anticipada del contrato existen casos adicionales de terminación que, para surtir efectos tienen que ser estipulados en el contrato, según el literal f) del Art. 104 de la Ley de Contratación Pública.

**Los eximentes de la ejecución de las obligaciones**

Existen eximentes para la ejecución de los contratos, que se basan en ciertas justificaciones. Los eximentes pueden afectar la totalidad del contrato o sólo una parte de él. Son ejemplos de incumplimiento parcial el uso de materiales o equipos diferentes que los pactados o el retardo en la conclusión de la obra.

Según el mayor o menor impacto de los hechos justificativos, éstos podrían afectar la totalidad del contrato y conducir a una solicitud de resiliación o incluso una terminación unilateral y anticipada, o solamente determinar la falta de ciertos compromisos. Tales hechos podrían justificar la exoneración total o parcial de las sanciones previstas.

La doctrina civil distingue dos clases de hechos justificativos de la falta de ejecución: la fuerza mayor y el hecho del co-contratante.

a) Fuerza mayor

El Art. 30 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Según Claro Solar para constituir caso fortuito o fuerza mayor, y liberar por tanto al deudor, un hecho tiene que reunir los requisitos siguientes:

I. Debe provenir de una causa completamente ajena a la voluntad del deudor;

II. Debe ser imprevisto, es decir que no se haya podido anticipar dentro de los cálculos ordinarios y corrientes; es decir, en relación a las circunstancias de la época del contrato.

III. Que a pesar de la aplicación de su esfuerzo y cuidado, el deudor no haya podido evitarlo.

Así, no se puede incluir en esta circunstancia el aumento de costos y en general el mayor precio de las mercaderías[[543]](#footnote-543). Para que se considere válida debe impedir en forma absoluta la ejecución de la obligación contractual. Es decir las meras dificultades, por graves que sean, no se consideran causales suficientes. En esto se diferencian del *hecho del príncipe* y de la imprevisión, que contemplan las mismas circunstancias, pero sin constituir situaciones irresistibles, sino tan solo más difíciles y costosas para el co-contratante.

La Ley de Contratación Pública contempla la fuerza mayor o el caso fortuito como justificativo para la modificación del contrato y como eximente en el retraso o paralización de las obras.

***Terminación***

**Resiliación**

Así, se autoriza a las partes a, por mutuo acuerdo, “convenir en la extinción en todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren”, “[c]uando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses públicos ejecutar total o parcialmente el contrato” (Art. 103. LCP).

**Terminación por causas imputables a la entidad contratante**

Una de esas causas es la suspensión de las obras ordenada por la entidad contratante, que se verá enseguida. La otra causa es la existencia de caso fortuito o fuerza mayor “debidamente comprobados”, es decir, cuando se justifiquen los causales de la resiliación, sin que la entidad contratante acceda a terminar por mutuo acuerdo el contrato (107, d, LCP).

***Modificación***

**Contratos complementarios**

Dispone el Art. 96 de la ley citada: “Obras complementarias.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución, el Estado o la entidad podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación ni concursos, pero con el informe previo favorable del Contralor General del Estado, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones ante dichas, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario”.

***Retraso o paralización de las obras***

La suspensión de los trabajos por decisión del contratista por más de sesenta días es una causal para la terminación unilateral y anticipada del contrato, que no se aplica de mediar fuerza mayor o caso fortuito (Art. 104, d).

Por otra parte, la suspensión de los trabajos por más de sesenta días dispuesta por la entidad contratante, es un motivo de terminación del contrato por causas imputables a la entidad contratante, salvo las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito (Art. 107, b).

En la legislación española, la fuerza mayor se considera una excepción del “principio de riesgo y ventura” del contratista.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, señala la aplicación del principio “rebus sic stantibus”[[544]](#footnote-544) como una mitigación del otro principio “pacta sunt servanda”[[545]](#footnote-545) -que se traduce en la norma nuestro Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” (Art. 1561).

La legislación de ese país enumera expresamente los casos de fuerza mayor, aceptando como tales únicamente los incendios causados por electricidad atmosférica, los terremotos y maremotos, movimientos de terreno, destrozos a mano armada en caso de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos, inundaciones catastróficas y cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros (Art. 46 de la Ley de Contratos del Estado).

En todo caso, una orden válida de paralización requiere cumplir con las formalidades y antecedentes legales para su validez. El Procurador General del Estado manifiesta:

*Orden de paralización de obra*

*Facultad legal*

*Entidad consultante: Municipio de Tulcán.*

*Base legal: Constitución Política de la República. Art. 19.*

*Ley de Modernización del Estado. Art. 31.*

*Consulta:*

*Si los funcionarios del Banco del Estado y la Subsecretaría de Calidad Ambiental tienen facultad legal para disponer la paralización de la ejecución contractual y el no pago de las planillas al contratista de las obras del alcantarillado combinado de la ciudad de Tulcán.*

*Pronunciamiento:*

*A fin de que tenga eficacia jurídica, la comunicación que el Subsecretario de Calidad Ambiental envía al Banco del Estado solicitando la paralización de las obras, debe indicar expresamente los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta dicho requerimiento. En caso contrario, el Municipio de Tulcán podrá solicitar que se cumpla con las indicadas formalidades* **[[546]](#footnote-546)**.

***La calificación de la fuerza mayor o caso fortuito***

En su enfoque de considerar inconveniente la fuerza mayor, la Procuraduría General del Estado, a comienzos de la década de los ochenta, recomendó repetidas veces que la calificación y aceptación del caso fortuito se atribuya al contratante exclusivamente. En otro dictamen, considero aceptable “que tal asunto lo resuelva el fiscalizador, y mediante apelación lo decida el Consejo Provincial, de cuya imparcialidad nadie podría dudar, y cuya decisión debe causar estado, sin lugar a ningún recurso o acción”[[547]](#footnote-547).

**La fuerza mayor en los contratos internacionales**

En las condiciones de la tercera edición contrato internacional para obras de construcción de ingeniería civil de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), recomendadas por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo[[548]](#footnote-548) se alude a estas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito como *special risks*, riesgos especiales.

Entre ellos se incluye la *destrucción o daño*, causados por “guerra, hostilidades (declaradas o no), invasión, acto de enemigos extranjeros, riesgos nucleares y de olas de presión supersónicas, rebelión, revolución, insurrección militar o usurpación de poder, guerra civil. También se incluyen las destrucciones y daños causados por motines, conmoción o desórdenes, salvo que éstos sean ocasionados por los empleados del contratista o del sub-contratista (Cláusula 65).

Entre los riesgos exceptuados se encuentran también “la operación de las fuerzas de la naturaleza, “que un contratista experimentado no podría prever, o precaver adecuadamente o tomar un seguro”. Cláusula 20 (2).

En todos estos casos, el contratante asume los riesgos que no son susceptibles de asegurarse. De esta manera, un criterio para determinar si el contratante debe o no asumir un riesgo, según sea o no asegurable el daño o destrucción[[549]](#footnote-549).

La cuarta edición de las condiciones de contratos de construcción de ingeniería civil del FIDIC, incluye algunas modificaciones objetadas por el Banco Mundial, entre las que se encuentran las responsabilidades del contratista por “riesgos especiales”.

En efecto, la cláusula 20, (2) citada se refiere a los riesgos que un contratista experimentado no podría prever, o precaver adecuadamente o tomar un seguro. Estas últimas palabras, se eliminan en la cuarta edición y se sustituyen por “fuerzas de la naturaleza contra las cuales (...) no pudo esperarse razonablemente que el contratista tome precauciones” lo que el Banco Mundial no considera aceptable. En efecto, se pregunta, ¿qué tal si el contratista toma precauciones y de todas maneras el daño se produce? ¿Por qué si hay cómo asegurar un riesgo, éste debe correr por cuenta del contratante?

También se objeta la referencia al seguro de los equipos “desde el comienzo de los trabajos en el lugar de las obras” (FIDIC, 21.1 y 21.2, cuarta edición), porque los riesgos podrían destruir o dañar los equipos antes que lleguen al lugar de los trabajos.

Asimismo, sobre los riesgos que no son asegurables, como guerra, rebelión, motín, etc. la cláusula 20.4 del FIDIC IV las considera riesgos del contratante “dondequiera que ocurran”. Se recomienda considerarlas riesgos del contratante sólo dentro del país del contratante, más no en el exterior. Es decir, si los equipos o materiales de un contratista alemán que hará una obra en Ecuador son destruidos en Alemania, esos daños no deberían correr exclusivamente por cuenta del contratante[[550]](#footnote-550).

***El hecho del co-contratante***

Las faltas de uno de los co-contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones se pueden excusar por ciertos hechos y justificaciones.

Como se ha dicho líneas arriba, estos hechos pueden justificar sea la inejecución total del contrato, sea la inejecución de obligaciones determinadas.

1. El hecho del co-contratante puede excusar la inejecución de la otra arte en condiciones análogas a las de la fuerza mayor. Requiere las mismas características de la fuerza mayor, esto es: exterioridad, irresistibilidad e imposibilidad de ejecutar.

2. Si no se reúnen estas condiciones, la parte perjudicada podría tener derecho a indemnizaciones, pero no quedaría eximida del cumplimiento de la obligación.

3. Puede invocarse por ambas partes, esto es el contratista y la administración. Pero generalmente es invocado por el co-contratante, es decir más generalmente se invoca “el hecho de la Administración”, que es lo que vamos a analizar en este acápite.

4. Principales aplicaciones.

**Medidas de orden financiero**

No es aceptado sino crea imposibilidad, es decir si no hay obstáculo imprevisible e insubsanable.

**Retraso del pago de la Administración**

Los organismos de control han propuesto:

(1) El retraso en el pago autoriza retraso en el plazo; “(...) cuando el IETEL no cumpla con las obligaciones de pago pactadas”, (...) “[s]i Stromberg Carlson considera conveniente no demandar la terminación podrá en cambio extender el plazo de cumplimiento de sus obligaciones, mientras dure el incumplimiento de parte de IETEL” (CGE. Oficio DL del 16 de junio de 1981). “De incurrir la Municipalidad en demora en la entrega de los valores estipulados (...) el plazo se prorrogará por igual tiempo al de la demora”**[[551]](#footnote-551)**.

(2) El retraso en el pago no autoriza el retraso en el plazo. Así, sugiere la Contraloría General del Estado: “La demora en el pago de parte o la totalidad del valor de las planillas, no dará lugar a ampliación de plazo contractual de entrega de la obra, mientras tal demora no exceda de dos meses consecutivos, pero en este caso, la Municipalidad reconocerá a favor del contratista el interés del 10% anual sobre el valor no pagado de las planillas presentadas y sobre el número de días contados a partir del cuadragésimo sexto día de la fecha de aprobación de las mismas por la Municipalidad (Oficio N 8154 DL del 10 de junio de 1981 a la Municipalidad de Ambato).

(3) Finalmente, existe el criterio de que se puede escoger una u otra solución, alternativamente: “Para el caso de retardo de INIAP en el pago de las planillas se puede establecer el pago de interés de mora o la prórroga proporcional del plazo de terminación de la obra, pero no las dos cosas conjuntamente”**[[552]](#footnote-552)**.

En cambio, la doctrina no considera como excusa suficiente para el incumplimiento el rechazo de la Administración de los pedidos del contratista para que se incrementen sus ingresos, especialmente a través del aumento de las remuneraciones (mayor tarifa de la concesión, revisión del precio de los suministros). En el caso de reajustes pactados, el contratista podría demandar indemnizaciones de la Administración si ésta se niega a reconocer los reajustes, pero no se considera causal suficiente para justificar el incumplimiento del contrato.

**Medidas administrativas de control y dirección**

Cuando estas medidas imposibilitan el cumplimiento oportuno. No se excusa el incumplimiento cuando no hay imposibilidad de ejecutar el contrato.

“(...) cabe insistir en la circunstancia de que el retraso y por consiguiente, la necesidad de cubrir valores originados en la paralización del contrato, por efecto de la observación inicial de la Contraloría General del Estado, no proviene del contratista, y, por lo tanto, tales gastos tiene que asumirlos la entidad contratante, en virtud de lo dispuesto en el Art. 1574 del Código Civil (“La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”), antes citado”**[[553]](#footnote-553)**.

***Consecuencias jurídicas de la fuerza mayor y del hecho del co-contratante***

**Las condiciones del procedimiento**

La fuerza mayor o el hecho del co-contratante podrían excusar el incumplimiento del contrato, pero a veces se incluye en el contrato el requerimiento de cumplir con requisitos determinados, como por ejemplo la notificación inmediata por escrito.

La jurisprudencia en Francia aplica esta regla estrictamente. Aquí también se ha hecho una aplicación tal vez demasiado estricta de la regla, en detrimento de la justicia, cuando se ha impuesto sanciones de mora a un contratista que había sufrido en forma evidente la falta de la Administración, que se había retrasado en el cumplimiento de sus compromisos: “Al tenor de la cláusula octava del contrato, este plazo puede prorrogarse, por las causales previstas en ella, si el contratista comunica al SECAP estas circunstancias en el plazo de siete días de haberse producido el hecho, y éste las califica y acepta. Pero tal notificación al SECAP, para efectos de prórroga de plazo, por parte del contratista, nunca se produjo (...) por lo que, conforme lo previsto en el Art. 1561 del Código Civil que dispone “Todo contrato legalmente contratado es una ley para los contratantes (...)” esta Procuraduría considera que, en estricta aplicación de las cláusulas contractuales antes referidas, se ha producido retardo en el cumplimiento de obligaciones por parte del contratista al haber entregado los bienes fuera del plazo contractual pactado”**[[554]](#footnote-554)**.

La finalidad de la notificación por escrito que debe hacer el contratista es de establecer en forma inmediata la existencia de la fuerza mayor o caso fortuito. En efecto, con frecuencia se presentan discrepancias de interpretación acerca de qué constituye fuerza mayor y qué constituye otro tipo de situación.

Pero en el ejemplo citado, no cabría de parte de la Administración posibilidad de negar su propia falta en el retraso del cumplimiento en que incurrió el contratista.

No obstante, desde el punto de vista estrictamente legal, es inobjetable que el contratista incumplió con el requisito de notificar por lo que la imposición de sanciones que hizo el contratante por retraso es ajustada a derecho.

**Exención de cumplimiento del contrato**

Como se ha expresado, la fuerza mayor y el caso fortuito constituyen hechos justificativos del incumplimiento de las obligaciones de la otra parte. No cabe, en consecuencia, la aplicación de sanciones por la falta de ejecución del contrato.

Las bases y cláusulas del contrato con frecuencia prevén estas circunstancias, como justificativas del retraso en los plazos de ejecución.

En cambio, para que la fuerza mayor o caso fortuito autoricen la exoneración de cumplir el contrato en su totalidad se requiere que las circunstancias sean de tal gravedad o magnitud que impidan la ejecución del contrato.

Así, si la fuerza mayor es provisional, su efecto se limita a interrumpir la ejecución del contrato, sin exonerar a las partes del cumplimiento del contrato, de tal modo que tan pronto como se terminen las causales se debe reanudar su desempeño. De hecho, todos los compromisos contractuales deben ser satisfechos. Además, se dan situaciones en que tanto la fuerza mayor como el hecho del co-contratante pueden estar acompañados de una falta de la otra parte. En tal caso, la exoneración es parcial. Podrían, por ejemplo, justificar una reducción de las sanciones, pero no su exoneración.

**La indemnización del co-contratante**

La fuerza mayor y el caso fortuito también podrían justificar el reconocimiento de una indemnización al co-contratante por el daño provocado.

Se ha hecho notar la originalidad de esta solución. Mientras que normalmente la fuerza mayor dispensa a uno de los co-contratantes de su responsabilidad contractual, puede en este caso hacerlo acreedor a una indemnización, debiendo, no obstante, la otra parte cumplir sus obligaciones. Estas soluciones provienen con frecuencia de la estipulaciones contractuales. Es el caso, citado líneas arriba, de las cláusulas del FIDIC, recomendadas por el Banco Mundial y el BID para contratos de obra.

Así, la cláusula 65 de dicho contrato modelo disponía:

*“(...) El Empleador indemnizará y dejará indemne al Contratista contra y del mismo y contra y de todas las reclamaciones, liquidaciones, daños, costos, cargas y gastos cualesquiera resultantes de (los riesgos especiales definidos en el contra- to)”* [[555]](#footnote-555)*.*

***La terminación del contrato. Resiliación. Terminación unilateral y anticipada***

La *Ley de Contratación Pública* contempla la posibilidad de la resiliación del contrato: “Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses públicos, ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren” (Art. 103).

Asimismo, la fuerza mayor constituye una exoneración del retraso, que impide la declaratoria de la terminación unilateral y anticipada del contrato. En efecto, el Art. 109 de la citada Ley, dispone que se podrá declarar la terminación unilateral y anticipada “por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito”.

***La responsabilidad contractual***

Las faltas de una de las partes de sus obligaciones contractuales comprometen su responsabilidad frente a la otra parte.

La doctrina administrativa discute sobre las reglas que aplican a la responsabilidad en el contrato administrativo, especialmente en su relación con el derecho civil.

Como ocurre con muchos aspectos del derecho administrativo, en este tema de la responsabilidad existen coincidencias con el derecho civil. Labaudère afirma que se aplican los principios de la jurisprudencia civil a los contratos de la administración en los temas del análisis de la falta contractual, las relaciones entre las responsabilidades contractuales y cuasidelictual y cláusulas de irresponsabilidad. Muchas veces, inclusive la doctrina administrativa se debe referir al articulado expreso del Código Civil, como en la teoría de los daños, intereses moratorios y compensatorios y su capitalización. En la doctrina francesa las discrepancias que se pueden encontrar entre ambas ramas del derecho provienen más bien de las diferencias entre las jurisdicciones civil y contenciosa administrativa antes que de una oposición de principios.

Para establecer las diferencias entre el derecho civil y el administrativo en la responsabilidad contractual, hay que distinguir entre la responsabilidad de la Administración y la del contratista particular.

En efecto, en el tema de la responsabilidad contractual, la principal diferencia entre los derechos civil y administrativo se dan en el campo de la responsabilidad de la Administración.

Esta diferencia se refiere básicamente a la figura de responsabilidad contractual sin falta -además de la responsabilidad por falta que corresponde a ambos co-contratantes.

En lo relativo al contratista, la diferencia con el derecho civil la encontramos en la posibilidad que tiene la Administración, den-tro de ciertas condiciones, de imponer sanciones al contratista por sus faltas, sin necesidad de previa reclamación judicial[[556]](#footnote-556).

**Las condiciones de existencia de la responsabilidad contractual**

Como se dijo, la responsabilidad contractual es aquella que proviene de las relaciones contractuales establecidas entre las partes por los daños originados en la ejecución del contrato. Esta responsabilidad funciona mientras existe el contrato y desaparece a su conclusión.

Los aspectos que se deben tratar en este contexto son: 1. cómo esta responsabilidad se relaciona con otros tipos de responsabilidad (cuasi-delictiva, decenal y cuasi-contractual); 2. causas del establecimiento de la responsabilidad -principalmente la falta contractual; 3. El caso especial de la responsabilidad sin falta de la administración; 4. En todos los casos, el co-contratante que pretende la reparación debe haber sufrido efectivamente el perjuicio; y, 5. Las posibles modificaciones contractuales a estos principios, según los principios del derecho civil.

La relación entre la responsabilidad contractual y los otros tipos de responsabilidad.- En este rubro tenemos que distinguir las situaciones siguientes:

a) Responsabilidad cuasi-delictiva.- La jurisprudencia civil francesa ha determinado que en la concurrencia de responsabilidades contractuales y casi-delictiva considera que la prima la responsabilidad contractual, por lo que se deben apreciar en este contexto las consecuencias de la falta cometida.

Aunque según Mazeaud no existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad (contractual y cuasi-delictiva), incluyendo la noción de falta, resulta importante distinguir entre ambas responsabilidades. El interés práctico de la distinción deriva de que en unos casos las reglas de la responsabilidad cuasi-delictiva son más importantes para la víctima y que en otros casos resultan más favorables las reglas de la responsabilidad contractual. Se cita entre los ejemplos de ventajas de las normas cuasi-delictivas para la víctima, el domicilio de la jurisdicción (en los cuasi-delitos, el juez del lugar donde el daño se produjo; en los contratos, el juez del demandado). El caso contrario, de ventajas para la víctima de la falta contractual: se citan los plazos abreviados de la prescripción de la acción pública en la responsabilidad cuasi-delictiva, lo que no se da en la responsabilidad contractual[[557]](#footnote-557).

Esto incluye, por supuesto, la cuestión de la competencia. El juez competente será el juez del contrato, es decir, en aquellos sujetos a la Ley de Contratación Pública.

En la cuestión de fondo, se deben aplicar los principios de la responsabilidad contractual. Así, manifiesta Labaudère: “Puesto que las consecuencias de un accidente se vinculan a la ejecución de una convención hecha con la Administración, la responsabilidad de ésta hacia la víctima no se puede apreciar sino en el marco de sus obligaciones contractuales.

b) La responsabilidad cuasi-contractual.- Las situaciones cuasi-contractuales serán referidas siempre a los parámetros contractuales.

En la ampliación, modificación o complementación del contrato, “por causas imprevistas o técnicas presentadas en su ejecución” las liquidaciones se realizan según los precios unitarios determinados en el contrato, más el reajuste correspondiente. Cuando se trata de nuevos rubros, las liquidaciones se realizan tomando en cuenta los precios unitarios referenciales utilizados por el contratante o, en su defecto, por mutuo acuerdo de las (Art. 96).

Pero para aplicar estas reglas se requiere de dos condiciones: l. Se debe celebrar un contrato complementario, obviamente con anterioridad a la ejecución de las nuevas obras; y, 2. El monto no debe exceder del 50% del valor actualizado o reajustado del contrato principal (Art. 98, LCP).

Cuando existen trabajos realizados que no cumplen con los requisitos que se acaban de enumerar, si se reciben las obras, procede el pago, según las normas del enriquecimiento injustificado, como se detalla en otra sección de esta obra.

c) La responsabilidad decenal.- Según el Código Civil es aquella que tiene “el empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado (...) si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales (...)” (Art. 1937, regla 3).

En este contexto, el “recibo otorgado por el dueño después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone” (Art. 1937, regla 4).

Estas regulaciones sin duda son aplicables a las obras públicas.

En este acápite se trata de establecer la relación entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad legal: el caso de la responsabilidad decenal.

En general se puede afirmar que cuando el legislador establece un régimen específico de responsabilidad, este prevalece sobre la responsabilidad de derecho común. Esta regla es válida tanto para la responsabilidad contractual como para la responsabilidad extra-contractual.

En principio, la responsabilidad decenal se inicia con la recepción o, en su defecto, la toma de posesión de la obra. Antes de la recepción funciona la responsabilidad contractual. Ambas responsabilidades son excluyentes la una de la otra, es decir, solo una de ellas puede aplicarse.

La excepción la constituye la utilización de la obra anterior a su entrega. En este caso, el plazo comienza a correr desde el inicio de la posesión.

**La responsabilidad contractual por incumplimiento**

La existencia de compromisos contractuales puede ocasionar el incumplimiento por alguna de las partes de uno o varios de esos compromisos. El incumplimiento se tiene que considerar no sólo de las cláusulas contractuales, es decir de las estipulaciones expresas de las partes, sino también de los requerimientos implícitos para alcanzar los fines propuestos.

Sobre el particular, dispone el Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella” (Art. 1562).

**La responsabilidad contractual sin falta**

Según Laubadère, Moderne y Devolvé una de las grandes originalidades de la contratación administrativa en relación con la contratación civil consiste en la existencia de una responsabilidad “sin falta” –la responsabilidad objetiva–, o sea sin incumplimiento que asume, la Administración, además de su responsabilidad ordinaria que le corresponde. En efecto, no se encuentra algo similar en el derecho privado.

Esta responsabilidad sin falta solo afecta a la Administración y no al co-contratante particular, quien solo responde por su incumplimiento.

Se cita como ejemplo de responsabilidad sin falta, el deber que tiene el co-contratante público de reparar los daños que le hubiere podido ocasionar con el uso de los poderes públicos de fiscalización y control del contrato. Es el caso de la teoría del llamado “hecho del príncipe”, que pudiera afectar las condiciones de ejecución del contrato.

Tanto el hecho del príncipe, como las medidas de vigilancia, control que la ley concede a la Administración, son medidas de índole legal y por lo tanto adecuadas, sin que su ejercicio se pudiera identificar con una falta o incumplimiento de la administración. No obstante ello, si tales hechos o medidas perjudican al co-contratante, se considera que la Administración se encuentra obligada a indemnizarlo por los daños sufridos.

**Los perjuicios**

La responsabilidad contractual sólo puede contraerse cuando la otra parte ha sufrido un perjuicio.

Es indemnizable cualquier perjuicio sufrido por el co-contratante particular, sea por falta sea por un hecho de la Administración. Para que el perjuicio sea reparable se requiere que sea *cierto*, *directo* y *especial*. Sobre lo cierto del perjuicio dice la doctrina que tiene que ser actual, es decir en el tiempo presente ya se haya realizado, o futuro, es decir que ciertamente se producirá. No se incluye, en cambio, el perjuicio eventual, es decir aquel del que no se sabe si se producirá en el futuro.

En segundo lugar el perjuicio debe ser directo. Esto significa que tiene que haber una relación de causalidad entre el hecho de la otra parte y el perjuicio sufrido. Para ser causa directa de un perjuicio, el hecho tiene que ser la causa determinante.

En cuanto a la característica de especial que debe tener el perjuicio, es un elemento que se presenta solamente para la responsabilidad sin causa que tiene la Administración. Vale decir que no es aplicable para la responsabilidad del co-contratante particular ni para aquella de la Administración, cuando proviene del incumplimiento de ésta.

Por especial se entiende la situación en que el co-contratante es la única o por lo menos la principal víctima del hecho. Ésta tiene además que haber sufrido el perjuicio precisamente por su condición de co-contratante y por estar ejecutando el contrato.

**Las modificaciones convencionales de la responsabilidad contractual. Las cláusulas de no responsabilidad**

En principio, el derecho civil descarta la posibilidad de que una de las partes acepte la exoneración total de la otra parte. Se cita a Jèze, que consideraba que: “sería nula de orden público una cláusula general de irresponsabilidad de la administración por las faltas que ella pueda cometer”.

En esta cuestión la legislación francesa se ha pronunciado irregularmente, unas veces aceptando la posibilidad de incluir estas cláusulas, en otras rechazándola.

Esto se aplica también por la responsabilidad frente a terceros, tema en el cual, puede ocurrir que la Administración haga cargo al co-contratante particular de los daños ocasionados a terceros por la ejecución de la obra.

La Ley de Contratación Pública dice que el contratante rendirá la garantía de fiel cumplimiento también para “responder de las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato” (Art. 68). En esto se deben incluir, obviamente, los daños y perjuicios ocasionados.

Los acuerdos contractuales de exoneración de responsabilidad se deben interpretar en forma restrictiva. En razón del principio general de que las partes están obligadas al cumplimiento del contrato y a responder por los daños producidos por el incumplimiento, la exoneración se debe limitar exclusivamente al caso señalado implícita o explícitamente.

***La aplicación de la responsabilidad contractual***

En el caso de que exista más de un co-contratante particular, se presenta la cuestión de conocer el grado de responsabilidad de cada uno de los co-contratantes. Por tal razón, la Procuraduría General del Estado, para las contrataciones con consorcios, ha dictaminado: “De acuerdo a la oferta y a la adjudicación, dos son las firmas responsables del cumplimiento total de las obligaciones. Por lo mismo el contrato contemplará: a) la comparecencia de las dos compañías, por intermedio de sus respectivos representantes legales, como parte “contratistas”; y, b) las dos compañías asumirán en forma solidaria el cumplimiento de sus obligaciones”[[558]](#footnote-558).

A falta de esta precisión en el contrato, en caso de ocurrencia de un incumplimiento sólo sería responsable frente a la Administración la parte que incurrió en la falta. Esto estaría de acuerdo con la doctrina, que manifiesta que “la solidaridad perfecta no se presume y debe ser formulada expresamente”[[559]](#footnote-559).

**XXVI. La recepciÓn y pago de obra**

**pública no contratada**

***Antecedentes del Derecho Civil***

En el derecho civil los antecedentes del llamado cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa se remontan a Roma. Justiniano, siguiendo una simplificación de Gayo, considera que todo convenio obligacional es un “contrato”, por lo que distingue las obligaciones provenientes de un contrato de las de un delito, y luego divide las que no entran en ninguno de los dos conceptos en cuasi-contractuales o cuasi-delictuales, según la mayor similitud con uno y otro grupo[[560]](#footnote-560).

Pothier define el “cuasicontrato” como el hecho de una persona, permitido por la ley, que le obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna[[561]](#footnote-561).

Estos criterios fueron recogidos por el código napoleónico y posteriormente por el Código Civil de Andrés Bello. Siguiendo literalmente a este último nuestro Código Civil, Art. 1453, dice: “Las obligaciones nacen...de un hecho voluntario de la persona que se obliga (...) como (...) en todos los cuasicontratos”.

Los cuasicontratos del Código Civil francés contemporáneo son: el pago de lo no debido y la gestión de negocios. La jurisprudencia de ese país ha recogido una tercera figura: el enriquecimiento sin causa[[562]](#footnote-562).

Nuestro código civil, además de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos y el pago de lo no debido, desarrolla el cuasicontrato de comunidad[[563]](#footnote-563). Más, se debe entender que esta enumeración no es taxativa y hay otros cuasicontratos, puesto que, en otra parte del Libro IV, el Art. 2143 dice que “El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato...”.

Ya Claro Solar decía que en los tiempos modernos se ha presentado esta clasificación de las fuentes de las obligaciones como inexacta y se ha tratado de substituirla por otra más científica o filosófica. Cita a Planiol, quien afirma que la pretendida obligación cuasicontractual no es la obra de la voluntad del obligado, sino de la ley necesariamente. Cuando se busca en la persona del deudor cuál es la causa de su obligación...en todas las hipótesis de cuasicontratos, se descubre fácilmente que su rasgo común es la existencia del enriquecimiento sin causa a expensas de otro, enriquecimiento cuyo valor se trata de restituir[[564]](#footnote-564).

En efecto, Mazeaud afirma que todas las definiciones de cuasicontrato resultan inexactas y que por lo tanto es forzoso de constatar que no existe como categoría jurídica. Los llamados cuasicontratos, dice, no se distinguen de las obligaciones legales strictu sensu. Concluye afirmando: de hecho los códigos recientes no emplean ya esta expresión[[565]](#footnote-565).

Según este mismo autor, cada una de las figuras englobadas bajo la denominación de cuasicontrato en el código civil francés tiene su propia especificidad, así como la figura del enriquecimiento sin causa recogido por la jurisprudencia. Para Dupichot, se trata de tres hipótesis distintas de obligaciones legales clasificadas por la tradición y por la comodidad de la exposición bajo el vocablo de “cuasicontrato”[[566]](#footnote-566).

La doctrina moderna tiende a simplificar esas clasificaciones reduciendo la fuente de las obligaciones a la voluntad (contratos y, para quienes la admiten, la voluntad unilateral) y la ley (delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa y otras obligaciones que surgen de la ley). Alargando este razonamiento se podría llegar a la ley como única fuente de todas obligaciones, puesto que la convención de las partes no tiene fuerza obligatoria sino porque la ley le presta su apoyo. Lo cual sin duda es exagerado, porque no podemos dejar de ver en la voluntad de las partes una fuente autónoma del Derecho[[567]](#footnote-567).

Por otra parte, la ley no sería una fuente en el enriquecimiento sin causa en el Ecuador, porque no existe tal figura en nuestro derecho positivo, si bien tenemos, para casos encuadrados específicamente la “acción de enriquecimiento ilícito” en la Ley de Cheques y la situación del “endosante que se haya enriquecido injustamente” en el Art. 461 del Código de Comercio.

Como se verá más adelante, cuando la Contraloría y la Procuraduría General del Estado aluden en sus dictámenes al “enriquecimiento injustificado” lo sustentan en los principios de la ética, de la equidad y de la buena fe.

Según Mazeaud, todo el Código Civil se podría sustituir por el enunciado de dos principios: el uno proclamando que se es responsable del daño que se causa, el otro que no se debe enriquecerse a costa de otro. Estos preceptos morales, sin embargo, advierte, deben precisarse y delimitarse para convertirse en reglas de derecho[[568]](#footnote-568).

El precepto moral de acuerdo con el cual nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de un tercero, es sin duda el antecedente al que se refieren la Procuraduría y Contraloría General del Estado. Tal principio, como precepto, es diferente y hay que distinguirlo cuidadosamente de la figura del “enriquecimiento sin causa” elaborada por la jurisprudencia francesa, cuyas características son: 1. empobrecimiento y enriquecimiento correlativos; 2. ausencia de falta en el empobrecido; 3. ausencia de interés personal en el empobrecido; 4. ausencia de causa; y 5. ausencia de otra acción, lo que se manifiesta en el carácter subsidiario de la acción *in rem verso* (de restitución). Según Dupichot, estas condiciones son tan rigurosas que la acción apenas se puede ejercer[[569]](#footnote-569).

***El cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa como fuente en las obligaciones administrativas***

Según Escola, las obligaciones administrativas son aquellas obligaciones que se establecen entre la administración pública y los particulares o administrados, o aun entre diferentes sujetos administrativos, y que están regidas, por su contenido y su finalidad de interés público, por el derecho administrativo, ya sea en forma total o parcial[[570]](#footnote-570).

La circunstancia de que el Derecho Administrativo, si bien tiene su autonomía propia, se encuentre aún en formación (comparado con el Derecho Civil, que se remonta a la antigua Roma) ha influido “para que al abordarse la consideración de ciertas cuestiones relativas a su temática, se haya echado mano, tal como ocurrió con otras ramas del derecho, de principios y doctrinas propios de otras disciplinas jurídicas, que aparecen aportando soluciones que en un primer momento fueron consideradas aceptables y convenientes”[[571]](#footnote-571).

Este suceso de que el Derecho Administrativo ha prestado figuras de otras ramas del derecho, principalmente el civil, ha producido alguna polémica entre los tratadistas en temas tales como la contratación administrativa, donde todavía se discute si existe propiamente un contrato administrativo. Se sitúan en un extremo los que afirman que sólo existen actos administrativos bilaterales[[572]](#footnote-572) y en el otro los que afirman que “el contrato administrativo es sustancialmente un contrato igual al civil”[[573]](#footnote-573). Se debe seguir a Dromi en este punto, cuando afirma que “el contrato es un instituto jurídico al que se califica de civil, comercial, laboral, administrativo, etc. cuando se le suman a sus caracteres básicos y genéricos las notas que lo especifican dentro de su género, en cuanto a su forma, sujeto, consentimiento, procedimiento de formación, etc. No es una institución jurídica exclusiva del Derecho Privado, existen también los contratos de la Administración o en la actividad administrativa, con elementos comunes al contrato de Derecho Privado, pero con variantes que derivan de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio[[574]](#footnote-574). Igual cosa se puede decir de varias de las instituciones del Derecho Administrativo y específicamente del cuasicontrato y del enriquecimiento sin causa.

Fiorini considera que el cuasicontrato administrativo no tiene relación con el civil y va más allá que éste, puesto que se encuadra en el principio más amplio del enriquecimiento sin causa, aplicable a situaciones tales como el funcionario de hecho, la obra pública no autorizada, la gestión urgente y necesaria, etc. Se basan en los principios de enriquecimiento sin causa, la buena fe y el error provocado[[575]](#footnote-575).

La doctrina del Derecho Administrativo reconoce la aplicación de la figura del “cuasicontrato” en múltiples situaciones. Así, se mencionan los casos de la gestión de negocios y el empleo útil, la teoría de los funcionarios de hecho, etc.

Sin embargo, Escola, a quien estamos siguiendo en este punto, piensa que los cuasicontratos deben ser desterrados del ámbito del derecho administrativo y manifiesta: “como destaca la doctrina moderna, las obligaciones agrupadas bajo el rótulo de 'cuasicontratos' no son sino obligaciones nacidas de la ley o de la voluntad unilateral, cuyo fundamento general reposa en el enriquecimiento sin causa, es decir, en la imposibilidad jurídica de admitir que un patrimonio se enriquezca o se mejore con detrimento de otro que correlativamente se empobrece, sin que haya una razón legal que lo justifique[[576]](#footnote-576).

El tratadista citado desarrolla una teoría de derecho administrativo del enriquecimiento sin causa que, expresa, está desarrollada sobre los siguientes principios: a) El enriquecimiento a favor de la administración pública debe consistir en una utilidad o servicio que redunde en beneficio, directo o indirecto, del interés público; b) Debe haber una correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, sin que exista una causa jurídica que lo justifique; c) No debe ser posible obtener el resarcimiento por otro medio jurídico, y de haberlo es ese medio que se debe aplicar; d) Tampoco debe haber una norma jurídica que prohíba o impida el pago del resarcimiento; e) “Finalmente, y de manera muy especial, el acto o el servicio que han dado origen al beneficio de la administración debe ser necesario, es decir, debe tratarse de actos o servicios que la administración tiene que cumplir, en el desenvolvimiento de su actividad administrativa, y componen su actividad, la cual le puede ser, incluso, exigida”[[577]](#footnote-577).

***El enriquecimiento injustificado según la Procuraduría y la Contraloría General del Estado***

La doctrina de la Procuraduría y de la Contraloría General del Estado, manifestada a través de sus dictámenes, hace referencia a los principios de la *ética* [[578]](#footnote-578), el *enriquecimiento injustificado* [[579]](#footnote-579), la *equidad*, y la *buena fe* [[580]](#footnote-580) en el desarrollo de la contratación pública, que no constan expresadas en ninguna norma del Derecho Público ecuatoriano, si bien el último dictamen citado (contenido en el oficio 1634 de la PGE) la Constitución Política de la República, que garantiza “la libertad de contratación con sujeción a la ley”.

Otra disposición constitucional citada por la PGE es: “Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso”.

En ausencia de normativa expresa en el derecho positivo ecuatoriano se debe atribuir la interpretación que hacen la PGE y la CGE como sujeta al principio del Art. 18, ordinal 7o. del Código Civil, que manda: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”.

En general, aunque no siempre, la referencia a esos principios por parte de la PGE y la CGE se manifiesta prácticamente con la recomendación de cumplir lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC).

Un caso que aparece en el Boletín Jurídico de la PGE, sin embargo, no se encuadra en esa disposición de la LOAFYC. El dictamen señala, en lo pertinente:

*Según la Ley de Cambios Internacionales, quien suscribe un permiso de importación se reputa dueño del bien importado, y si el CRM consta en los permisos de importación suscribiéndoles, se deduce que le pertenecen, más aún si los bienes importados gozaron de excepciones tributarias o arancelarias para su internación en el país, excepciones que no podrían gozar los particulares.*

*Lo expuesto en el párrafo precedente se refiere a la forma legal: mas habría que considerar si todos los bienes importados por él para la obra fueron pagados al contratista. Si hay algunos que no han sido cancelados su valor, no podría el CRM por ética reclamar su propiedad, sino pagarlos, si los necesita; caso contrario debería notificar a la Dirección General de Rentas, para aquellos bienes que, importados a nombre del CRM, son de propiedad del contratista* [[581]](#footnote-581)*.*

También ha señalado la Procuraduría General del Estado normas constitucionales y del Código Civil sobre la obligatoriedad del pago de prestaciones realizadas:

*Pago de valores adeudados*

*Consultante: Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad*

*Consulta:*

*Sobre el procedimiento para cancelar los valores adeudados a la Empresa Newslink, en virtud del contrato celebrado el 20 de marzo del 2001 para la publicación de un reportaje sobre Ecuador como una separata del periódico “The Miami Herald”.*

*Pronunciamiento:*

*Sin perjuicio de lo establecimiento de las responsabilidades de los funcionarios del MICIP que no cumplieron con el referido Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, el MICIP debe honrar la obligación contractual derivada de la ejecución del contrato de la referencia, en cumplimiento de las disposiciones legales dispuestas en los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil y 23 núm. 17 de la Constitución Política, para lo cual deberá realizar las acciones pertinentes ante el Ministerio de Economía y Finanzas a efectos de determinar el mecanismo de pago de los valores adeudados* **[[582]](#footnote-582)**.

***La recepción y el pago de obra pública no contratada según la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control***

El Art. 56 de la *LOAFYC* fija el momento en que se compromete la *asignación presupuestaria*: cuando la autoridad competente, mediante acto administrativo válido, decida adquirir de terceros obras, bienes o servicios, o les encargue la realización de obras.

Además, según el Art. 57:

*“Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:*

*1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”.*

El Art. 58, establece, sin embargo:

*“Requisitos para contraer compromisos y obligaciones.- Ninguna entidad u organismo del sector público ni funcionario o servidor de los mismos, contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente”.*

***Los elementos y condiciones para la aplicación de las normas sobre recepción y pago de obra pública no contratada***

De acuerdo con la letra de los artículos citados de la *LOAFYC* y con el sentido de dictámenes pronunciados, son elementos y condiciones para la aplicación de las normas sobre recepción y pago de obra pública no contratada: 1) Compromiso previo, que no es indispensable; 2) Asignación presupuestaria; 3) Adquisición y recepción; 4) Autoridad competente; 5) Acto administrativo válido; y, 6) Procedencia del pago.

**Compromiso previo**

La asignación presupuestaria se compromete, dice el Art. 56 de la *LOAFYC*, en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo válido *decida* adquirir de terceros bienes o servicios, o *les encargue* la realización de la obra. Determinadas condiciones del compromiso se establecen en el Art. 38 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal y en el artículo 32 de la Ley de Presupuestos del Sector Público. ¿Qué forma debe tomar esta decisión o este encargo?

Tenemos que interpretar que la decisión o el encargo, son resoluciones administrativas que involucran a personas externas a la institución, a las que se solicita la obra, el bien o la prestación de servicios. Dicha decisión, encargo, solicitud u *orden*, que es este último un término más apropiado, en base de la cual se compromete una asignación presupuestaria para con un tercero, puede o no tener forma de contrato.

En efecto, en el cuarto parágrafo, con referencia a la revocación del compromiso, dice el Art. 56: “Esta disposición (de “anulación” unilateral del compromiso) podrá aplicarse *también* a los contratos legalmente celebrados. Es decir que se debe entender que se presupone la existencia de solicitudes u órdenes a terceros que no tienen forma de contrato.

No es tan apropiada la utilización del término “anulación”, y especialmente de la “anulación total o parcial”, especialmente si es de un contrato.

¿Qué efecto tiene esta decisión o este encargo? Según este Art. 56, el efecto es que se compromete la asignación presupuestaria. El efecto del compromiso de la asignación presupuestaria es que ella no puede ser utilizada para otras finalidades: el compromiso deberá subsistir hasta que “las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten” o la autoridad decida revocar total o parcialmente el compromiso, siempre que no se haya generado la obligación.

También puede ocurrir, según el Art. 57 que no haya compromiso previo. “La expresión 'haya habido o no compromiso previo' no significa que se puede comprometer una asignación presupuestaria verbalmente, sino que en el acto administrativo puede no establecerse la obligación pecuniaria, señalándose únicamente el objeto del encargo”[[583]](#footnote-583).

**Asignación presupuestaria**

El requisito que establece el Art. 58 de la *LOAFYC* para contraer compromisos y obligaciones es que “conste la respectiva asignación presupuestaria”, es decir que exista la partida correspondiente en el presupuesto de la institución. Asimismo, dice este artículo, que en la partida debe existir un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente.

La consecuencia obvia de lo expresado en este artículo es que, si no existe una partida con un saldo suficiente en el presupuesto de la institución pública de que se trate es imposible recibir y pagar obras no contratadas.

**Adquisición y Recepción**

El artículo 57 de la *LOAFYC* dice: “La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva...: Cuando se *reciban* de terceros obras, bienes o servicios *adquiridos* por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”.

La doctrina de la PGE ha establecido dos etapas en este punto: *acto administrativo* válido y *recepción* de las obras, bienes o servicios.

Para este efecto puede o no haberse dado el compromiso previo: a) El compromiso previo, se vio anteriormente, pudo haber sido un contrato o una orden de la autoridad competente; b) Puede no existir un contrato o una orden previa. En este último supuesto, la obligación se genera por la recepción de las obras, bienes o servicios.

Sobre estas alternativas han opinado la PGE y CGE:

A.- Compromiso previo.- “En el caso de la consulta, existe un acto administrativo válido (el contrato) y ha existido también el compromiso presupuestario”[[584]](#footnote-584). Se trataba de un contrato de planificación, que atento a lo permitido por el DS 2399, RO 956 del 30 de mayo de 1978, podía ser objeto de sucesivos contratos “hasta conseguir el objetivo propuesto en el contrato principal, siempre que cuente con los recursos financieros suficientes para el pago de las obligaciones contractuales y que el contratista rinda las garantías establecidas en la Ley”.

Este no es un verdadero caso de aplicación del Art. 57, puesto que bastaba para el pago la referencia al contrato mismo en base al citado DS 2399.

Para otro caso dice la PGE, refiriéndose a las características de la orden: “El acto administrativo se cristaliza por una comunicación escrita de la autoridad competente que contenga claramente el objeto de lo que se requiera”[[585]](#footnote-585).

La Procuraduría General del Estado alude al cumplimiento del Art. 57 de la LOAFYC:

*Incremento de obra: contrato*

*Entidad consultante: Congreso Nacional*

*Base legal: Constitución Política de la República. Art. 23 num. 17.*

*Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC. Art. 57*

*Consulta:*

*En aplicación de la Ley de Consultoría y de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, ¿es pertinente que un ente contratante del sector público reconozca a favor de los contratistas, trabajos realizados y recibidos por aquél, cuando tales trabajos no obstante superar las cantidades estipuladas en los contratos se han llevado a cabo por pedido de la entidad contratante y han sido recibidos por éste?*

*Pronunciamiento:*

*Si se cumplen los supuestos previstos en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, es pertinente que las entidades del sector público reconozcan el pago correspondiente por las obras, bienes o servicios por ellas recibidos* **[[586]](#footnote-586)**.

B.- Recepción de las obras.- En el mismo informe citado líneas arriba se manifiesta: “En el supuesto que no existiera acto administrativo válido realizado por la autoridad competente, y por lo tanto no existía obligación, queda a decisión (de la entidad) el aceptar los trabajos adicionales y recibirlos a su entera satisfacción, procediendo el pago bajo su exclusiva responsabilidad”. Otro informe del mismo organismo dice: “En el supuesto de que no exista un contrato, cuando se ha recibido a satisfacción de la entidad servicios adquiridos por autoridad competente, mediante un acto administrativo válido, éstos deben ser pagados haya o no compromiso previo” [[587]](#footnote-587).

Por su parte, la Contraloría ha opinado sobre el particular: “En cuanto al pago por las obras ejecutadas sin el correspondiente contrato, como simple comentario, y bajo el criterio general de que las instituciones de Derecho Público no deberían enriquecerse injustificadamente con el trabajo de particulares, es dable señalar que ese Municipio no podría dejar de pagar a los contratistas los valores que, -una vez hechas las respectivas liquidaciones- correspondan a los trabajos realmente realizados, con estricta sujeción a las especificaciones técnicas pactadas y a todas las obligaciones contraídas, y después que el Municipio las hubiere recibido a plena satisfacción”[[588]](#footnote-588).

Es oportuno preguntarse si la recepción aludida tiene que sujetarse a los requisitos del Cap. V “De las Recepciones”, del Tít. V “De la contratación” de la Ley de Contratación Pública. La respuesta parece ser negativa puesto que esas recepciones se establecen justamente para los bienes, obras sujetas a contratos. En todo caso, en ninguno de los dictámenes consultados se menciona este requerimiento.

Además, debe tomarse en cuenta que en la mayor parte de los casos a los que se aplica el Art. 57 de la LOAFYC, la institución pública está utilizando las obras, bienes o servicios adquiridas sin contrato y alega que no puede pagarlos precisamente por inexistencia de compromiso previo.

Entonces, la “recepción” se debe entender como el uso que la institución pública esté dando al bien, obra o servicio, según su objeto. Así, se entiende que un camino o una carretera abierta al uso del público, está siendo “usado” o ha sido “recibido” por la institución pública encargada de contratar su construcción.

No obstante, resulta obligación de la dependencia o entidad pagar “los valores que corresponda a los trabajos realmente realizados, con estricta sujeción a las especificaciones técnicas pactadas y a todas las obligaciones contraídas”[[589]](#footnote-589).

**Autoridad competente**

“Se entiende por autoridad competente para estos efectos la persona autorizada para contratar a nombre de una entidad, de conformidad con la ley respectiva”[[590]](#footnote-590).

Sayagués LASO ha definido la competencia como la aptitud de obrar de los órganos públicos, especificándose así los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente[[591]](#footnote-591). Estos límites comportan básicamente dos ámbitos: en primer lugar, el de la institución pública de que se trate. Según su ley de creación y sus reglamentos propios, las obras, bienes o servicios que se reciban deben estar dentro de lo que se consideran sus objetivos y sus finalidades. Adicionalmente, en principio, para ejercer la competencia se requiere de personalidad jurídica, pero la ley puede otorgar competencia para la celebración de determinados contratos a órganos descentralizados burocráticamente que carecen, por tanto, de personalidad jurídica[[592]](#footnote-592). Los ministerios no tienen personalidad jurídica, sino el Estado ecuatoriano, y los ministros celebran contratos solamente en representación del Presidente de la República, conforme lo determinado en el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

En segundo lugar, en cuanto al funcionario público, según el principio de la juridicidad la competencia sólo puede provenir de una norma legal que la establezca.

Hay funcionarios que pueden actuar por delegación, pero ésta tiene que ser otorgada expresamente y el funcionario que delega tiene que estar expresamente autorizado para ello por un texto legal. Dromi cita la legislación argentina, que dispone que el ejercicio de la competencia “es improrrogable, a menos que la delegación o substitución estuvieren expresamente autorizadas”[[593]](#footnote-593).

Por último, el órgano debe tener capacidad subjetiva, de carácter civil para celebrar el contrato. Es decir, un funcionario público que adolece de alguna de las incapacidades del Art. 1463 del Código Civil, estaría también incapacitado para suscribir un contrato público en representación del Estado o de una de sus entidades y por lo tanto para recibir de terceros obras, bienes o servicios.

**Acto administrativo válido**

El acto administrativo es una declaración unilateral de la administración que produce efectos subjetivos en forma inmediata.

Ha dicho la PGE que el acto administrativo se cristaliza por una comunicación escrita de la autoridad competente que contenga claramente el objeto de lo que se requiera. Debe ser por escrito, por lo dispuesto en el primer parágrafo del Art. 1726 del Código Civil, que dispone: “Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares”[[594]](#footnote-594).

Sobre este particular cabe observar, en primer lugar, que el aludido principio que exige la constancia por escrito no se refiere al requisito para la validez del acto sino a su aptitud para constituirse en “prueba de las obligaciones”. Además, se debe considerar la excepción al principio citado constante en el mismo Código Civil en el Art. 1728, que dice: “Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso (...). Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales”.

Un principio de prueba por escrito de la recepción de un bien, podría ser, por ejemplo, la alusión que a él se haga, como formando parte del patrimonio de la institución, en un documento escrito de la autoridad competente. Un principio de prueba por escrito, más directo, sería la orden dirigida al bodeguero de la dependencia o entidad, para que ingrese el bien en cuestión. En fin, otro medio de prueba sería la comprobación de que la entidad o dependencia está utilizando el estudio -prestación de servicios- que se debe considerar como recibido.

En estos casos entra la posibilidad de la existencia del acto administrativo verbal, o inclusive tácito.

La existencia de un acto administrativo verbal válido es aceptada por la doctrina y el derecho positivo extranjero. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la Argentina, al tratar de la forma del acto administrativo, Art. 8, dispone: “El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito...sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta”. El comentario de Escola a este artículo dice: “No obstante la aparente amplitud de la última parte de este artículo, la “forma distinta” a que en él se hace referencia no es sino una sola -la verbal- utilizable en carácter excepcional y cuando las circunstancias lo permitan”[[595]](#footnote-595).

En fin, a pesar de constar en el Código Tributario la provisión de que “[t]odos los actos administrativos se expedirán por escrito”, ese mandato se debe entender como aplicable sólo a los actos administrativos tributarios a falta de ley expresa sobre la materia. Además, en el mismo Código se acepta la existencia del acto administrativo tácito manifestado en el silencio administrativo.

Si a la conclusión de un arrendamiento de equipos, la institución pública arrendataria, continúa usándolos sin contrato ni compromiso, ese uso se debe considerar como el acto administrativo expresado en forma tácita. En efecto, el Procurador General del Estado dictamina sobre un asunto en que por “la falta oportuna de celebración del nuevo contrato, motivo que el IETEL R-1 no haya efectuado el pago a ‘IDS’, por el arrendamiento de los equipos de computación, durante el período comprendido entre el 21 de febrero y el 22 de octubre de 1989 ... (por lo que) considero que existen los supuestos previstos por la ley, para el reconocimiento de los servicios válidos y lícitos prestados al IETEL y para que se finiquite, con la compañía que suministró el respectivo compromiso, con arreglo al principio constitucional contenido en el artículo 19, numeral 11 de la Constitución Política, y a la equidad y buena fe”[[596]](#footnote-596). En este caso, el PGE considera que ha existido acto administrativo válido, aunque no consta que éste se hubiere manifestado por escrito o por lo menos el dictamen que se comenta no hace alusión a un tal documento.

**Procedencia del pago**

“Si hubo acto administrativo válido y se recibieron las obras, la obligación se generó, por lo que procede el pago”[[597]](#footnote-597). “En el supuesto de que no exista un contrato, cuando se ha recibido a satisfacción de la entidad servicios adquiridos por autoridad competente, mediante un acto administrativo válido, éstos deben ser pagados haya o no compromiso previo”[[598]](#footnote-598).

“En cuanto a la procedencia del pago por los trabajos adicionales realizados sin el correspondiente contrato que los ampare, procedería en los términos normados en el Art. 57 de la *LOAFYC,* es decir si hubo acto administrativo válido y se han recibido a entera satisfacción de la entidad contratante, bajo la exclusiva responsabilidad del Concejo, y en lo posible con la asesoría de la Auditoría de la Contraloría General de la Nación, en la verificación del cumplimiento de las obligaciones acordadas con el contratista, y del verdadero monto de los trabajos”[[599]](#footnote-599).

Una vez comprobada la existencia de los supuestos del Art. 57 de la *LOAFYC* la Contraloría considera imperativo el pago a la persona natural o jurídica que haya entregado el bien, la obra o el servicio en cuestión: “En cuanto al pago por las obras ejecutadas sin el correspondiente contrato, como simple comentario, y bajo el criterio general de que las instituciones de Derecho Público no deberían enriquecerse injustificadamente con el trabajo de particulares, es dable señalar que ese Municipio no podría dejar de pagar a los contratistas los valores que, -una vez hechas las respectivas liquidaciones-, correspondan a los trabajos realmente realizados, con estricta sujeción a las especificaciones técnicas pactadas y a todas las obligaciones contraídas, y después que el Municipio los hubiere recibido a plena satisfacción”[[600]](#footnote-600).

Los dictámenes sobre este asunto, son reiterativos en lo referente a la responsabilidad del pago: ella corresponde a la autoridad que lo disponga. Es decir, las opiniones de la PGE y CGE se refieren a señalar la existencia del Art. 57 de la *LOAFYC* y las condiciones que se aplica, y tal dictamen no constituye una autorización de pago que releve de sus responsabilidades a los funcionarios respectivos. La constatación de que esas condiciones del Art. 57 de la *LOAFYC* se cumplen y que no se está ocasionando un perjuicio económico al Estado, corresponden a la máxima autoridad de la entidad o dependencia de que se trate.

En tal sentido se debe entender el dictamen que manifiesta: “Aclaro que la Procuraduría General del Estado *no autoriza* pagos a realizarse por parte de las entidades públicas; y, menos todavía egresos por trabajos ejecutados sin el documento contractual que lo respalde”[[601]](#footnote-601).

***Las responsabilidades por el pago de obras, bienes y servicios sin contrato***

Corresponde a la Contraloría General del Estado establecer las responsabilidades administrativas por el incumplimiento de expresas disposiciones legales o de cualquier otro tipo de responsabilidades a que hubiere lugar, de conformidad con la ley[[602]](#footnote-602). A la Contraloría le corresponde establecer “las correspondientes responsabilidades administrativas por el incumplimiento de expresas disposiciones legales o de cualquier otro tipo de responsabilidades a que hubiere lugar, de conformidad con la ley”[[603]](#footnote-603).

*“El hecho de haberse ejecutado obras sin los correspondientes contratos, puede dar lugar al establecimiento de responsabilidades por el incumplimiento de expresas disposiciones legales, responsabilidades que se detectarán en el caso consultado por usted cuando la Contraloría realice el examen que corresponda”* [[604]](#footnote-604)*.*

La Contraloría podría establecer responsabilidades en base de las tipificaciones constantes en la LOAFYC.

El estudio correspondiente de la Contraloría puede establecer responsabilidades o bien puede determinar que no se ha causado perjuicio al Estado con el respectivo pago.

Así, la Resolución 3448, 02-01-74, antes de la expedición de la vigente LOAFYC, definió la glosa 3 como: “Egresa de Caja el pago de la cuota inicial por adquisición de un bus International, Modelo 1970, como no llena los requisitos de licitación, es su cargo”. La conclusión es: “Manifiesta la rindente que se hizo cargo de la Colecturía, el 22 de octubre de 1970 y desconocía los procedimientos previos para las adquisiciones; pero que en todo caso no se ha producido perjuicio económico, pues dicho vehículo se halla ingresado en la Cuenta de Bienes Nacionales, con el Ordinal No. 2 de Noviembre de 1970; verdad que se confirma con la revisión del Expediente No. 153 de Estadística de esta Central, por lo que se exime del cargo”.

Es una aplicación perfectamente comprensible del principio de que se trata, puesto que se ha recibido el bien a satisfacción de la autoridad competente. Además si existió la respectiva asignación presupuestaria y hubo un saldo suficiente para el pago completo del vehículo se cumplieron los presupuestos de los artículos 57 y 58 de la LOAFYC.

***Situaciones de aplicabilidad e inaplicabilidad del Art. 57 de la LOAFYC***

Por vía de ejemplo y no de modo exhaustivo se detallan diversas situaciones que se pueden presentar en que el Art. 57 de la *LOAFYC* es o no aplicable.

**Inexistencia del contrato o nulidad**

Jèze considera que “si a pesar de la falta de contrato válido, el particular, ante los pedidos urgentes de la Administración, hace gastos para la ejecución del contrato proyectado, puede reclamar una indemnización. Lo mismo sucederá si las circunstancias ponen de manifiesto un enriquecimiento sin causa o cualquier otro motivo de resarcimiento (...). Cuando se trate de averiguar si la Administración dio instrucciones a un empresario para que comience la ejecución del contrato, sin esperar la firma del ministro, deberá determinarse atentamente de quién emanan las instrucciones. Es evidente que la elevada posición del funcionario en la jerarquía administrativa, es un elemento decisivo. Si las instrucciones emanasen de agentes subalternos, no habría por qué tenerlas en cuenta. El empresario habría incurrido en falta, al no hacerse ratificar estas instrucciones *por escrito*, por un agente superior dentro de la jerarquía”[[605]](#footnote-605).

Esto trata más bien de los gastos en que hubiere podido incurrir un particular para satisfacer un requerimiento de la administración, aunque no haya existido entrega de un bien, construcción de una obra o prestación de un servicio. Se considera, sin embargo, aplicable a los casos en que sí hubieran existido estas situaciones, sin contrato previo, para determinar si es procedente la recepción y el correspondiente pago.

Lo que se dice para inexistencia de contrato es igualmente aplicable a las circunstancias de contratos anulables o nulos. No cabría que la administración se abstenga de recibir el producto o efectuar el pago alegando la nulidad producida por su culpa, puesto que “nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que él mismo haya originado”. El Tribunal Supremo de España ha dicho que no es lícito que la Administración invoque un motivo invalidatorio que derive de irregularidades cometidas por ella misma frente al administrado, so pena de vulnerar el principio de buena fe y dar origen al enriquecimiento sin falta[[606]](#footnote-606).

Cuando se produce la anulación de contratos irregulares, anulables o nulos, el Art. 47 del Reglamento General de Contratación de España, disponía que deberán “las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubieren recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverán su valor. La parte que haya sido culpable de la anulación, en su caso, deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

El Art. 57 de la Ley de Contratación Pública ecuatoriana excluye la posibilidad de pagar “indemnización alguna al contratista” si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esa ley produciéndose una causal para la terminación unilateral y anticipada del contrato. Como no se hace la distinción, se debe entender que ni aún en el caso de que el contrato se hubiere celebrado irregularmente por culpa de la institución pública cabría la indemnización lo que es claramente injusto.

Sí autoriza, en cambio, el Art. 57 de la Ley de Contratación Pública del Ecuador al pago de lo que resultare de “la liquidación que se practicará”.

**Diferencias entre las cantidades reales de obra y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato**

Según el Art. 100 de la Ley de Contratación Pública, cuando no se ha dejado constancia del cambio en un documento suscrito por las partes, lo que se produce es “un incremento de cantidades de obra a rubros ya existentes (...) el objeto del contrato se ha mantenido invariable por lo que no era necesaria la celebración del contrato complementario. Era suficiente emitir el acto administrativo correspondiente en el que debió dejarse constancia de los aumentos de los rubros ya previstos y existentes en el contrato ( ...). b. En el supuesto de que no existiera un acto administrativo válido realizado por la autoridad competente, y por lo tanto no exista obligación, queda a decisión de la Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil el aceptar los trabajos adicionales y recibirlos a su entera satisfacción, procediendo al pago bajo su exclusiva responsabilidad (...). En virtud de los presupuestos señalados, es procedente que se efectúe el pago de los valores reclamados por el contratista, tomando en cuenta que el Estado o sus instituciones no pueden enriquecerse injustificadamente de conformidad con lo establecido en el artículo 19 numeral 12 de la Constitución, y en la equidad y buena fe, principios sobre los que se desarrolla la actividad administrativa”[[607]](#footnote-607).

**Prestaciones ocurridas con posterioridad a la conclusión del contrato**

Un ejemplo de lo cual es el caso de la continuación de prestación del servicios, en arrendamiento de equipos de computación después de vencido el contrato, sin que este haya sido renovado, en que se considera procedente el pago[[608]](#footnote-608).

**Celebración de contratos con posterioridad a la ejecución de la obra**

Es improcedente. Tampoco cabe la emisión de dictámenes, sino de estudios especiales de la Contraloría.

*En tal virtud -dice el oficio 2571 de la Procuraduría General del Estado- la entidad, previa la ejecución de los trabajos adicionales, debió proceder a la celebración del respectivo contrato complementario (...). No cabe que se celebren contratos sobre estudios realizados, pues debe entenderse que tanto el contrato como las obligaciones que se originan o derivan de éste rige para lo futuro, se cumplirán en lo venidero (Art. 1454 del Código Civil); partiendo de lo anterior, al suscribirse un contrato que tenga por objeto la realización de estudios adicionales que han sido ya ejecutados, dicho documento no tiene, jurídicamente, por el orden cronológico de los acontecimientos, la calidad de tal, en ningún caso puede servir para legitimizar, convalidar actos anteriores, pues el contrato es inexistente por falta de objeto* [[609]](#footnote-609).

***Inaplicabilidad del Art. 57 de la LOAFYC***

No cabría, en cambio, aplicar el Art. 57 de la LOAFYC en los siguientes casos:

Por falta de la partida correspondiente, en virtud de lo dispuesto en el Art. 58 de la misma ley, que prohíbe contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria.

Para el pago de obras adicionales ejecutadas dentro del objeto del contrato. Es, de nuevo, el otro de los dos casos del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública: “a. Si la construcción del talud diferente al diseñado fue ordenada por el máximo personero de la entidad contratante, quien es la única autoridad facultada para autorizar la realización de trabajos adicionales, existiría acto administrativo válido y en consecuencia procedería el pago[[610]](#footnote-610).

Variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras.- Éste es el caso del Cap. VI *Del Reajuste de Precios,*  del Tít. V, de la Ley de Contratación Pública.

Otras situaciones son también las de retenciones de los pagos o de no recepción de obras, que también tienen su normativa específica en la Ley de Contratación Pública.

La retención indebida de pagos está tratada en el Art. 115 de la Ley de Contratación Pública. Cuando la institución pública no recibe las obras ejecutadas dentro de contrato, son aplicables los principios del Cap. V. *De las Recepciones*, Tít. V, atinentes a las recepciones presuntas provisionales y definitivas.

***Negativa de la entidad pública de recibir el bien, obra o servicio***

Aparentemente, cuando se trata de bienes muebles, bien puede el particular perjudicado retirarlos, sufriendo perjuicios inferiores a los provenientes del no pago. Una recomendación en tal sentido ha hecho la PGE, para cuando el contrato celebrado resultó nulo por falta de partida presupuestaria, conforme al Art. 382, numeral 3 de la *LOAFYC*. La empresa vendedora insistió en el pago del valor de los equipos entregados o su devolución. En vista de que “un contrato con vicios que puedan ocasionar la nulidad absoluta es válido y debe ejecutarse en tales términos, en tanto no sea declarada judicialmente su nulidad” la PGE recomendó la resiliación del contrato[[611]](#footnote-611), que en la vigente Ley de Contratación Pública está reglada en el Art. 103.

En cuanto a los bienes inmuebles, también se podría concebir la alternativa de que la institución pública en vez de pagarlos proceda a desocuparlos y devolverlos a su legítimo dueño.

Diferente es el caso de la prestación de servicios o de la construcción de obras, donde no se ve cómo podría el particular resarcirse de los daños con el retiro de los materiales.

Si la autoridad competente no recibiere la obra o servicio o no pagare o devolviere los bienes muebles o inmuebles de que se trate, el particular puede considerar vulnerado su derecho constitucional que manifiesta que “[n]inguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso” (Art. 23, 17 de la Constitución) y reclamar al Estado, no sólo por el monto de las obras realizadas sino también por los perjuicios irrogados (Art. 20 *ibídem*).

La PGE ha manifestado que “el criterio de la CGE es que la entidad del sector público está en la obligación, bajo su exclusiva responsabilidad, de pagar tales trabajos...Como alternativa, cabe mencionar la posibilidad de que las personas que se creyeren afectadas en sus derechos, puedan iniciar la acción legal correspondiente”[[612]](#footnote-612).

Para cuando se hubiera celebrado un contrato al que hubieran faltado algunos de los requisitos, el principio legal aplicable sería el del Art. 1705 del Código Civil, para el caso de celebración de contrato con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige: “el que contrató con ella puede no pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz”. Continúa el Art. citado: “Se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas”.

***El Pago de Obras Urgentes Realizadas por Terceros sin Negociaciones Previas***

A diferencia de lo que se discute en la doctrina de la contratación administrativa, no tiene ninguna base en nuestro sistema legal y parecería inaceptable el criterio de que el Estado ecuatoriano debería rembolsar el costo de cualquier obra que consista “en una utilidad o servicio que redunde en beneficio, directo o indirecto, del interés público, ya que apareciendo la administración pública como una actividad concreta y continuada, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, sólo puede entenderse que ha habido 'beneficio' para la administración, cuando el enriquecimiento contribuye, de algún modo, a la obtención de esas finalidades, como ha especulado Zanobini”[[613]](#footnote-613).

Tampoco serían suficientes las condiciones enumeradas por Escola, como por ejemplo que “el acto o el servicio que han dado origen al beneficio de la administración debe ser necesario, es decir, debe tratarse de actos o servicios que la administración tiene que cumplir, en el desenvolvimiento de su actividad administrativa, y componen su actividad, la cual le puede ser, incluso, exigida. De tal modo, la simple utilidad producida en favor de la administración no basta, dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa administrativo, sino que es menester, además, que se justifique la necesidad del acto o servicio que dio lugar a ella. Esa necesidad no puede ser deducida de reglas fijas y predeterminadas, sino que resulta de medios, circunstancias y condiciones de oportunidad (Dromi), razonablemente apreciados”[[614]](#footnote-614).

Para la aplicación del Art. 57 de la *LOAFYC* se considera que se requiere de la existencia de algún tipo de contacto previo, de comunicaciones, de negociaciones, entre la institución pública y el particular, que por lo menos permitan presumir que existió o se pudo entender que hubo una manifestación de interés por parte de la institución pública.

La única excepción que se puede concebir, aplicable a la normatividad administrativa ecuatoriana, donde cabría descartar la necesidad de negociaciones previas, es la de ejecución o reparación de una obra pública urgente, por destrucción fortuita, reparación llevada a cabo por particulares que no han tenido relación previa con el Estado, ni han recibido de éste ninguna orden.

Tal es el suceso de que trata un fallo citado por Canasi: “Al construirse un edificio en el radio céntrico de la ciudad de Buenos Aires descubrióse una gran excavación que abarcando la acera y parte de la calzada, ponía en peligro las obras que se realizaban y la estabilidad de ellas. Los profesionales a cuyo cargo estaba la obra no tuvieron, ante la pasividad municipal, otro recurso que rellenar el foso utilizando materiales y obreros propios, no sin poner previamente el hecho en conocimiento de las autoridades respectivas y notificarlas para que efectuaran los trabajos correspondientes, ya que la deficiencia se hallaba en plena vía pública. Hecha la obra, ante la inercia municipal, los dueños de la obra demandaron judicialmente a la Municipalidad para el pago de los gastos efectuados [[615]](#footnote-615).

Otro ejemplo sería el de un puente destruido que es reparado por particulares que no han tenido algún tipo de negociación con la entidad o dependencia pública responsable. La mayor o menor urgencia de la obra es la que debería determinar qué tiempo se estima prudente esperar desde que se hace conocer el siniestro a la entidad o dependencia pública responsable y el momento en que se debe considerar que hay retardo perjudicial y negligente de esa institución pública y que procede la ejecución urgente de la reparación o de la obra. En esta situación, parece que, por excepción, se podría proceder al pago al amparo del Art. 57 de la *LOAFYC*.

**Conclusión: condiciones de aplicación del Art. 57 de la LOAFYC**

En consecuencia, un criterio adecuado es que para proceder en la aplicación del principio contenido en el Art. 57 de la *LOAFYC* resulta indispensable para recibir y pagar la obra, bien o servicio:

1. Que haya existido algún tipo de negociaciones previas o comunicación entre la institución pública y el particular; y que en ellas, de algún modo, se hubiere manifestado o se pudiera entender que existe algún interés por parte de la entidad pública en la adquisición del bien, ejecución de la obra o prestación del servicio de que se trate;

2. Que la obra esté relacionada con la actividad u objetivo de la institución, por lo que debe existir una partida;

3. Que hubiera sido competente el representante de la institución para celebrar un contrato que hubiere tenido por objeto la ejecución de la obra, entrega del bien o prestación del servicio;

4. Que no hubiere posibilidad de efectuar el pago según otra norma legal o administrativa;

5. En todos los demás casos, los particulares que se sintieren perjudicados podrían demandar al Estado en base a lo dispuesto en los artículos 20 de la Constitución, y cuando se hubiere celebrado un contrato al que faltare algún o algunos requisitos, el Art. 1705, segundo parágrafo, del Código Civil, en lo aplicable.

**XXVII. Elementos de Control,**

**Procedimiento y Proceso**

**Administrativo**

**Antecedentes: la tutela administrativa**

Según el Art. 1703 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.

Como se discutió en el apartado correspondiente, la contraparte de la relativa autonomía de las entidades y empresas públicas son los controles que sobre ellas ejercen las tres funciones del Estado. El control es consustancial con la existencia de la descentralización y de su instrumento que son las entidades públicas. Así, se citó a Martín Mateo cuando dice: “es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública”**[[616]](#footnote-616)**, para distinguirla de otros tipos de empresas, cualesquiera que sean sus finalidades.

Por otra parte, cobra importancia creciente la noción *regulatoria*. Para el caso de actividades de fundamental importancia en el cumplimiento de la finalidad del Estado, especialmente los servicios públicos, se impone el requerimiento de un control autónomo sobre el desempeño de las prestaciones, regulación que debe provenir por entidades de Derecho Público que no dependan del Ejecutivo en forma directa. Así, se menciona la regulación eléctrica, la regulación de las telecomunicaciones y otros servicios públicos, muchos de ellos prestados por el Estado a través de instituciones públicas. Tanto si las prestaciones provienen de instituciones públicas como de instituciones privadas, se justifica la estructura autónoma del control y de la regulación.

**Instrumentos de la tutela**

Los instrumentos de control y regulación de la Administración Pública se encuentran repartidos entre los tres poderes del Estado, esto es en el Ejecutivo, el Legislativo y en el Judicial. Una tendencia reciente atribuye también a diferentes representantes de la sociedad civil o de la ciudadanía para intervenir en ciertos aspectos de la actuación del Estado. Asimismo, existen órganos de control y regulación con una relativa autonomía que no se encuentran enteramente dentro de alguna de las funciones del Estado descritas y que se denominan en la Constitución como “los organismos de control y regulación”**[[617]](#footnote-617)** y se integran dentro del “sector público”, según la norma constitucional. Estos organismos son: Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción, Superintendencias y Banco Central del Ecuador. Estas entidades tienen competencia para expedir normas generales obligatorias, en las áreas de su competencia, previa legislación del Congreso**[[618]](#footnote-618)**.

Sin referencia específica a una entidad u órgano del Ejecutivo, se le atribuye a éste competencia y responsabilidad en la “provisión de servicios públicos (…) prestados bajo su control y regulación”, principalmente en los aspectos “eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad”, además de que deberá velar “para que sus precios y tarifas sean equitativas”**[[619]](#footnote-619)** “a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general”. En estos rubros, no solamente son controlados órganos públicos, sino “instituciones públicas y privadas”; el control puede recaer sobre los particulares que desarrollan la actividad sujeta a control, “a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general”.

Entre los órganos de control del interior del Ejecutivo se encuentran: SENRES, el Ministerio de Economía y los directorios institucionales, así como los delegados del Ejecutivo al interior de los cuerpos colegiados existentes. Una importante categoría de control que ha desaparecido es el control que el Ejecutivo ejercía sobre los municipios a través de las aprobaciones presupuestarias, que se encontraban a cargo del Consejo Nacional de Planificación (CONADE) y después, de la Secretaría de Planificación, ambos extinguidos en la actualidad y la potestad de revisión de ciertos actos administrativos de la municipalidad, como por ejemplo las expropiaciones, a cargo del Ministro de Gobierno.

La participación de la ciudadanía consta en la normativa constitucional sobre el derecho de petición, la defensa del consumidor, la conservación de la biodiversidad y del medio ambiente y sobre el control ciudadano de variados otros aspectos de la actuación de los órganos públicos. El sustento legal de tales participaciones se encuentra principalmente en el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información, Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal y Ley de Gestión Ambiental.

**El control de la administración pública sobre las entidades públicas**

***El Directorio***

Las entidades y empresas públicas ecuatorianas con personalidad jurídica de derecho público se encuentran adscritas a un ministerio, con la excepción de ciertas entidades autónomas y financieras y por supuesto los organismos de control, pero en todas las entidades públicas de la Administración Pública institucional existe un Directorio que ejerce un importante control en fundamentales elementos de su gestión, que incluyen nombramiento del Director Ejecutivo o Gerente y, en general de máximas autoridades y altos directivos, como por ejemplo, el Director Financiero, además de: aprobación de programas de actividades, de contratos por encima de ciertas cantidades y de sus presupuestos anuales; y conocimiento del informe anual de labores.

En las entidades y empresas públicas ecuatorianas, los miembros de los directorios son generalmente ministros de áreas relacionadas con la actividad de la entidad o empresa, o sus representantes, presididos por el titular del ministerio a que la entidad o empresa se encuentra adscrita. Hay unos pocos casos en que se incluyen en los directorios a representantes de los profesionales de la rama afín a la actividad de la empresa o a gremios especializados o interesados en la actividad, aunque tal no es una tendencia generalizada**[[620]](#footnote-620)**. Finalmente, en contadas entidades públicas se incluyó a diputados del Congreso en el Directorio de la entidad. Esta práctica se encuentra prohibida expresamente por la Constitución vigente**[[621]](#footnote-621)**. Resulta igualmente inconveniente la intromisión del Congreso en forma indirecta en las entidades de la Administración Pública, lo que está igualmente prohibido por la Constitución.

Sin excepción, en todas las empresas públicas ecuatorianas, el máximo directivo, administrador o gerente es nombrado por el Directorio. La práctica es que sea el Ministro a cuyo cargo está adscrita la empresa que escoja al candidato -de manera informal con el acuerdo del Presidente de la República- y que si no hay objeciones el directorio confirme la designación y nombre al gerente designado.

***Nombramiento de altos directivos***

En general, consta en las leyes respectivas que los nombramientos de otros altos directivos, principalmente Subdirector o Subgerente y Director Financiero de la entidad también los hace el directorio, sobre nombres que pueden o no ser propuestos por el gerente, según lo que dispone la respectiva norma legal. En este caso igualmente, la práctica informal es que esos nombres sean escogidos por el gerente y el Ministro de la adscripción respectiva conjuntamente y propuestos por el director o gerente al Directorio para su aprobación.

Sin excepción*,* en todas las entidades y empresas públicas, el director o gerente, como representante legal, está autorizado para suscribir contratos hasta por un monto especificado en la ley constitutiva de la entidad o está autorizado para toda clase de contrataciones dentro de rubros determinados*.*

***El nombramiento de personal***

La selección, nombramiento, promoción y en general administración del personal de las instituciones públicas es de la competencia de las respectivas unidades de cada dependencia o entidad pública. Para el nombramiento de personal es indispensable que exista la partida presupuestaria correspondiente y que la misma tenga financiamiento, conforme el presupuesto institucional aprobado.

En los cargos públicos que requieren de cauciones para su ejercicio, ejerce el control la Contraloría General del Estado.

***Fijación de remuneraciones y celebración de contratos colectivos de trabajo***

En la actualidad corresponde a SENRES**[[622]](#footnote-622)** el ejercicio de determinadas potestades que anteriormente ostentaba el Ejecutivo en la determinación de normativas sobre selección, nombramiento y remuneración de funcionarios de la Administración Pública, sin perjuicio de que, como se expresó líneas arriba el Ejecutivo mantiene la competencia para la selección, nombramiento y promoción de los funcionarios de la Administración Pública.

Estas potestades las ejerce SENRES en coordinación con las unidades de administración de recursos humanos de cada institución pública.

Las entidades y organismos del sector público, entre los que se incluyen a las entidades y empresas públicas, que tuvieren necesidad de celebrar contratos colectivos de trabajo, suscribir actas transaccionales o aplicar salarios mínimos, requieren en forma previa del informe favorable del Ministro de Finanzas, respecto de la finalidad real de financiar los egresos que demanden tales instrumentos, conforme a lo estipulado en la Ley de Presupuestos del Sector Público**[[623]](#footnote-623)**.

***Aprobación de las proformas presupuestarias***

En este tema, las medidas de control se encuentran en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), Ley de Presupuestos del Sector Público y Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal.

Existe un par de limitaciones constitucionales para la elaboración de las proformas presupuestarias públicas: no podrán financiarse gastos corrientes mediante endeudamiento público ni podrá privarse del presupuesto necesario a ninguna institución pública. El Ejecutivo presentará la proforma presupuestaria hasta el 1 de septiembre de cada año**[[624]](#footnote-624)***.*

Las proformas presupuestarias de las empresas públicas que son entidades del Estado están sujetas en primer lugar a la aprobación del directorio, que las remite al Ministerio de Finanzas, en la mayor parte de los casos, previo su envío al Congreso. El Presidente de la República aprueba el presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)**[[625]](#footnote-625)**. El presupuesto de las empresas municipales se aprueba por su propio directorio y por el Concejo Municipal y era revisado y dictaminado por CONADE — exigencia que no existe en la actualidad, que fue suprimida en la Ley de Descentralización—, finalmente expedido por el Concejo Municipal. Las empresas financieras del Estado someten su presupuesto, aprobado por su directorio, al Directorio del Banco Central**[[626]](#footnote-626)**. El presupuesto del organismo del Estado Superintendencia de Bancos es aprobado por la Junta Bancaria, conforme la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero**[[627]](#footnote-627)**. Corresponde al Presidente de la República la aprobación de los presupuestos de los organismos del Estado: Contraloría General del Estado, Superintendencia de Compañías, Procuraduría General del Estado —a los que se debe añadir desde 1998 la Comisión de Control Cívico de la Corrupción—previa la resolución favorable de la máxima autoridad de estos organismos**[[628]](#footnote-628)**.

**Control de los organismos del Estado**

La Constitución denomina genéricamente como “organismos de control” a determinadas entidades autónomas de control y regulación, cuyas máximas autoridades son designadas o propuestas por el Congreso, el Consejo Nacional de la Judicatura o el Presidente de la República de ternas presentadas por alguno de estos órganos o son designadas por la sociedad civil en el caso de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Además de esta comisión, la Carta Suprema enumera como organismos de control: Contralor General del Estado, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público y Superintendencias. De estas últimas, dice el texto constitucional que están “encargado de controlar instituciones pública y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan el interés general”. Asimismo, dispone que “[l]a ley determinará las áreas de actividad que requieran de control y vigilancia, y el ámbito de acción de cada superintendencia” (Art. 222 de la Constitución). El anterior texto constitucional incluía también entre los organismos de control al Tribunal Supremo Electoral, que consta en el texto Constitucional vigente en un título separado entre la función judicial y los organismos de control.

Como se ha dicho, los personeros de los organismos de control son propuestos o designados por el Congreso Nacional, por el Presidente de la República o por la sociedad civil, mas este nombramiento se hace sobre una terna presentada por el Presidente de la República o por la sociedad civil y esto los convierte en relativamente autónomos en relación a las funciones ejecutiva y legislativa del Estado. Por eso la ley denomina a estos organismos: “autónomos” y por esto también el control que ejercen estos organismos es un control diferente del que ejercen o pueden ejercer cualquier otra institución de las funciones del Estado.

El Procurador General del Estado es “el representante judicial del Estado”**[[629]](#footnote-629)**. En cambio, “el ejercicio del patrocinio de las entidades con personalidad jurídica, incumbe a sus representantes legales, directores, síndicos, asesores jurídicos o procuradores judiciales (…) sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador”**[[630]](#footnote-630)**.

La Ley de Contratación Pública asigna tanto al Contralor como al Ministro Fiscal General del Estado competencia para demandar la nulidad de los contratos públicos. La misma ley dispone que “[l]a denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles” se deben presentar al Contralor General del Estado o al Ministro Fiscal General, acompañadas de documentos probatorios**[[631]](#footnote-631)**.

**Control de la Función Legislativa**

***Aprobación presupuestaria***

La formulación de las proformas presupuestarias corresponde al Estado y las respectivas entidades y organismos. Las proformas de las “empresas públicas estatales” son aprobadas por el Congreso Nacional pero se presentan y aprueban separadamente del “presupuesto general del Estado”[[632]](#footnote-632). En cambio los presupuestos del sector público financiero tienen su propia aprobación presupuestaria como se vio líneas arriba*.*

***Control político***

Corresponde al Congreso “[f]iscalizar los actos de la Función Ejecutiva (…) y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias”. Asimismo, el Congreso puede enjuiciar políticamente a un número determinado de autoridades públicas entre las que se cuentan el Presidente y el Vicepresidente de la República y los ministros de Estado. En esta enumeración, que es taxativa, no constan los directores y gerentes de entidades y empresas públicas. Ellos son obviamente responsables de sus actuaciones al frente de las referidas entidades, pero está claro que no responden ante el Congreso, sino en último término ante su respectivo directorio, donde, como se ha visto, es generalmente presidente el titular del ministerio al que se encuentra adscrita la entidad o empresa pública. Pero, en cambio, el Congreso Nacional les podría solicitar en cualquier momento “las informaciones que considere necesarias”. En el caso específico de las entidades públicas, los ministros serían responsables, como todas las demás autoridades sometidas a enjuiciamiento, por “infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño de sus cargos”. En el caso de las entidades públicas, la responsabilidad que correspondería a los ministros de Estado sería por su actuación en los directorios o cuerpos colegiados en general que ostentan competencias de dirección de las entidades públicas respectivas. Cabe analizar la interrogante de si responden políticamente ante el Congreso los ministros de Estado por las actividades de las entidades y empresas adscritas a su despacho, o incluso si cabe una responsabilidad política de los ministros de Estado miembros del directorio de una entidad o empresa pública que no está adscrita a su ministerio. El texto de la Constitución, que se refiere al “enjuiciamiento político”, especifica que la causal para el enjuiciamiento consiste en “infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño de sus cargos”.

Cuando se trata de infracciones de índole penal, se debe acudir al Art. 10 del Código Penal vigente, que define las infracciones como “los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”, de modo que se debe entender que la acciones por las que un ministro puede ser interpelado deben ser personales suyas y no de sus subordinados. Estas acciones deben infringir leyes, aunque no necesariamente leyes penales, lo que descartaría las infracciones a normas administrativas.

Se debe tomar en cuenta sin embargo que el mismo Código Penal, en su artículo 11 especifica: “[n]adie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”. Es decir, que sí procede enjuiciar políticamente a un ministro de Estado por su omisión en denunciar y sancionar las infracciones de sus subordinados.

El ministro puede también infringir las normas, se vio líneas arriba, al no sancionar o solicitar la sanción a funcionarios bajo su dependencia jerárquica, que hubieren a su vez incurrido en irregularidades legales. No es atribución del Ministro, en cambio, sancionar a los otros miembros del directorio ni a los administradores de una entidad o empresa pública.

Consecuentemente, los administradores de las entidades y empresas públicas no están sujetos directamente al control político del Congreso Nacional. Los miembros del directorio, en cambio, responden ante el Congreso Nacional en caso de ser ministros, por infracciones directas y personales, cometidas en el desempeño de sus cargos, incluyendo sus actividades de directores en los directorios de entidades y empresas públicas.

Lo dicho no obsta para el cumplimiento cabal de lo determinado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa**[[633]](#footnote-633)** que dispone que “[c]ualquier legislador, a través del Presidente del Congreso Nacional o de los presidentes de las Comisiones, podrá solicitar información documentaria al funcionario competente del sector público, con excepción de aquella sujeta a calificación especial de seguridad del Estado... La información debe ser proporcionada en forma obligatoria al legislador”. Asimismo, “[c]ualquier legislador puede solicitar información mediante preguntas por escrito, al funcionario competente del sector público y requerir la respuesta en la misma forma escrita o mediante exposición oral, sea personalmente o a través de delegado”**[[634]](#footnote-634)**.

Esta potestad legislativa se aplica inclusive a la información calificada legalmente como reservada, con excepción de la relativa a la seguridad nacional, conforme ha dictaminado unas pocas veces el Procurador General del Estado:

*La Ley Orgánica de la Función Legislativa, consigna algunas excepciones, en la sección segunda, del Título IV, consagrando el derecho de cualquier legislador, a través del Presidente del Congreso Nacional o de los presidentes de las Comisiones Legislativas, de solicitar al funcionario competente del sector público, información documentaria, con excepción de aquella sujeta a calificación especial de seguridad del Estado; preguntas por escrito, o también requerir de su comparecencia, a informar oralmente, estableciéndose en las disposiciones de la misma sección, el procedimiento respectivo.*

*Por consiguiente, es criterio de esta Procuraduría que los legisladores, en ejercicio de la facultad contenida en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, pueden solicitar las declaraciones e informes que señala el artículo 99 del Código Tributario.*

*Debo indicarle que esta Procuraduría ya se ha pronunciado en el mismo sentido, mediante oficio 17886, del 29 de noviembre de 1994, cuya copia certificada adjunto* **[[635]](#footnote-635)**.

**Procedimiento administrativo**

***Introducción***

La doctrina distingue entre “proceso” y “procedimiento” administrativo. González Pérez define: “proceso es una institución jurídica de satisfacción de pretensiones (...). El procedimiento, por el contrario, es un concepto puramente formal: es la serie o sucesión de actos regulada por el Derecho”**[[636]](#footnote-636)**. Dromi explica la utilización del “vocablo 'proceso' para indicar proceso judicial, el proceso administrativo, equivalente judicial del proceso civil, comercial, penal, laboral”, reservando el vocablo “procedimiento” para referirse al “trámite administrativo”**[[637]](#footnote-637)**.Así, este acápite trata del trámite administrativo, es decir aquel conjunto de normas a que deben someterse los funcionarios públicos en el despacho de los asuntos a su cargo, sea en las dependencias del Estado o en sus entidades. Gordillo define el procedimiento administrativo como “la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”**[[638]](#footnote-638)**.

No obstante lo que se viene de indicar, la Ley de Modernización se refiere a “los procesos administrativos” en el Art. 18 “Requisitos legales”, §1 y 2, queriendo indudablemente significar “los procedimientos administrativos”. Pero es fácil entender que se refiere a los procedimientos y no solamente a los procesos.

El capítulo III de la Ley de Modernización se denomina “De la Racionalización y Eficiencia Administrativa” y establece reglas para el procedimiento administrativo. En el Ecuador no existe una ley de procedimientos administrativos, salvo en el campo tributario, donde el Código Tributario es, en efecto, la norma del procedimiento administrativo en el campo tributario. Otros antecedentes del procedimiento administrativo ecuatoriano son las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, hoy tribunales distritales de lo Administrativo y las salas de lo Contencioso - Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, numerosos dictámenes de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado se basan en la doctrina del Derecho Administrativo, como lo hace, por otra parte, la de la Ley de Modernización en el Art. 43, c) que se remite a “otras figuras jurídicas reconocidas por el Derecho Administrativo”. “El pronunciamiento del Procurador será obligatorio para la administración pública”, dice la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado**[[639]](#footnote-639)**. Finalmente, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) contiene aspectos básicos del procedimiento administrativo, como son la enumeración de los recursos, causales, procedimientos, etc.

***Temas de procedimientos administrativos***

El Art. 16 de este Capítulo III de la Ley de Modernización, sobre “trámites innecesarios” que se mencionó al tratar de las funciones del CONAM, resume el contenido de este capítulo. En efecto, este Cap. III de la Ley de Modernización resuelve algunos casos de “funciones que se desarrollan en forma repetitiva” y “trámites administrativos y controles... injustificados”. Este capítulo de la de la Ley de Modernización aborda los siguientes tópicos:

*Delegación legislativa al Presidente de la República para reestructurar y suprimir entidades de derecho público, en concordancia con el Art. 40 de la misma ley (Art. 17 de la Ley de Modernización).*

*Se delega al Presidente de la República la regulación de los procedimientos de la Administración Pública.*

*Requisitos de trámite del acto administrativo (18, 29, 30 y 31 y artículo que se añade después del Art. 28 de la Ley de Modernización).*

*Valor probatorio de documentos (Arts. 19-27 de la Ley de Modernización).*

*El derecho de petición (Art. 28 de la Ley de Modernización)*

*Presunción de valor positivo del silencio administrativo (Art. 28 de la Ley de Modernización).*

*Ejercicio del derecho a la información sobre la actividad de la Administración Pública —acceso a los documentos (Art. 32 de la Ley de Modernización), lo que se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información.*

*Sanciones a los funcionarios (Arts. 28 §3 y 33 de la Ley de Modernización).*

**Requisitos del trámite del acto administrativo**

***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”**[[640]](#footnote-640)**. 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.

Cabe recordar sobre este respecto que la competencia establece para el órgano respectivo un deber de obrar[[641]](#footnote-641). La demora o el no ejercicio inexcusable de la competencia constituyen faltas reprimibles, afirma Dromi**[[642]](#footnote-642)**.

En concordancia con este principio, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dispone:

*Art. 86.- Presunción de competencia y facultades implícitas.- Si alguna norma atribuye competencia a la Administración Pública Central, sin especificar el órgano que debe 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 expresas y detalladamente a ellos atribuidos.*

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 “informes, pareceres, opiniones” que también requieren de un órgano competente para expedirlos. 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**[[643]](#footnote-643)**. 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 “sólo” podrá exigirse documentos y la 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 “exclusiva” del Ejecutivo para regular procedimientos— 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**[[644]](#footnote-644)**.

El ERJAFE dispone sobre los informes:

*Art. 149.- Informes. Petición.-1. A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean obligatorios por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, o en su caso, la conveniencia de solicitarlos.*

*Art. 150.- (Agregado por el Decreto Ejecutivo 3389, R.O. 733, 27-dic-2002).- Evacuación.-*

*1. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.*

*2. Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.*

*3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes obligatorios que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.*

*4. Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública u órgano de la administración distinta de la que la tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones. El informe emitido fuera de plazo no deberá ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.*

***Notificaciones***

El Art. 29 de la Ley de Modernización, sobre notificaciones, facilita 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.

Son disposiciones pertinentes del ERJAFE sobre este aspecto de la notificación:

*Art. 127.- Práctica de la notificación.-*

*1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.*

*La acreditación o razón de la notificación efectuada se incorporará al expediente.*

*2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo (…).*

*3. Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días plazo sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.*

*(…)*

*La Administración Pública Central podrá establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores (…).*

***Evaluaciones técnicas***

Conforme se estableció al revisar la prohibición expresa del Art. 18 §4 de la Ley de Modernización, no cabría en el Derecho Público ecuatoriano considerar la existencia de “dictámenes facultativos”, debiendo los funcionarios limitarse a requerir aquellos expresamente determinados en el texto legal. El Art. 30 de la Ley de Modernización contempla el caso de que “por disposición legal o reglamentaria expresa, se establezca que para la adopción de una disposición deban ser realizadas, previamente, evaluaciones técnicas de órgano o entidades afines”.

El texto legal abre la posibilidad de requerir “evaluaciones técnicas” por disposición reglamentaria, expresamente, es decir solo expedida por el Presidente de la República, quien es la única autoridad a la que la Constitución atribuye la potestad reglamentaria. Ciertamente ha perdido relevancia la discusión de si esta competencia de emitir informes técnicos se deba dar por ley solamente o también por reglamento, a causa de la delegación que se hace en el Art. 40 de esta de la Ley de Modernización de “la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos” de la Administración Pública, en concordancia con el Art. 171, 9, de la Constitución. Pero, hay que recordar que el mismo artículo 40 determina que el régimen administrativo podrá ser modificado por el Ejecutivo, por lo que sólo por Decreto Ejecutivo se podría establecer el requerimiento y la competencia para solicitar y emitir un “informe técnico”.

A diferencia de lo dispuesto en el Art. 30 de la Ley de Modernización, el enfoque tradicional del Derecho Público ecuatoriano ha sido de considerar la ausencia de informe en un lapso determinado como emisión tácita de informe favorable. En el caso de dictámenes vinculantes la ausencia de pronunciamiento se considera como opinión favorable. Tal es el caso de los informes de Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado.

Resulta claro que el Art. 30 de la Ley de Modernización no se refiere a este tipo de informes, porque si bien su título es precisamente “informes técnicos”, el texto del artículo claramente alude a “evaluaciones técnicas”, a las que denomina la doctrina como “valoración técnica”**[[645]](#footnote-645)**, con un tratamiento expresamente diferente que el dictamen, como por ejemplo en los Arts. 16 (dictámenes) y 17 (evaluaciones técnicas) de la relativamente nueva normativa italiana de procedimiento administrativo en que indudablemente se inspiró el legislador ecuatoriano**[[646]](#footnote-646)**. Canasi incluye estas evaluaciones en la fase de la formación del acto administrativo, como formas de “cooperación, coordinación, colaboración”, “aportando conocimientos técnicos o especiales de determinadas actividades científicas, culturales, artísticas, etc., cuyas opiniones o aportes pueden surgir de las leyes en forma forzosa”**[[647]](#footnote-647)**. Sin duda que los estudios de impacto ambiental, a los que se refiere por ejemplo la Ley de Gestión Ambiental**[[648]](#footnote-648)**, se encuentran entre este tipo de “evaluaciones técnicas”. En cambio, no estarían consideradas como “valoraciones técnicas” sujetas a las disposiciones de este artículo las “audiencias públicas” consultativas, llamadas por Vedel “procedimientos contradictorios colectivos”, presentes en algunas normas del derecho positivo ecuatoriano, como por ejemplo la información pública contemplada en el Art. 153 del ERJAFE.

El ERJAFE dispone continuar con el procedimiento si los informes no se emiten dentro del plazo de diez días por órganos públicos distintos que los que están tramitando la causa, advirtiendo que no tendrán valor los informes expedidos fuera de plazo**[[649]](#footnote-649)**.

***Motivación***

“Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados” dice el Art. 31 de la Ley de Modernización. Aunque la doctrina distingue entre actos administrativos y simples actos de la administración, se debe entender en este caso que al hablar de “actos del Estado” se trata tanto de actos administrativos como de las otras actuaciones administrativas. 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**[[650]](#footnote-650)**.

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**[[651]](#footnote-651)**.

La normativa de procedimiento administrativo italiano que se cita líneas arriba 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”**[[652]](#footnote-652)**. 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”, 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. Por supuesto que también se puede interpretar que aplica a todos los actos administrativos, porque estos, por definición, afectan derechos subjetivos del ciudadano.

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”[[653]](#footnote-653). 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 se-rían 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**[[654]](#footnote-654)**. 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**[[655]](#footnote-655)**. Para Dromi, “[l]a falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio de arbitrariedad”**[[656]](#footnote-656)** que puede afectar la validez del acto**[[657]](#footnote-657)**.

Como se vio más arriba, el Art. 3 de la nueva 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 a 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.

Dice el ERJAFE:

*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. 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 que no se encuentren debidamente motivados.*

**La prueba y el valor probatorio de documentos**

El tema y contenido del valor probatorio de los documentos no es propiamente un tema de procedimientos administrativos, en cuanto los principios en que se basa no provienen de la doctrina administrativa específicamente, sino que son parte de la doctrina civil y procesal civil. Son reglas más o menos obvias, que por tanto no han requerido un desenvolvimiento especial en el derecho procesal administrativo o en el procedimiento administrativo. Con este enfoque coincide la jurisprudencia administrativa ecuatoriana, que ha afirmado que “a falta de disposiciones expresas para un procedimiento administrativo hay que recurrir a las normas del derecho común, en este caso, el código adjetivo civil con mayor razón si sus disposiciones son aplicables a todos los juicios o instancias”**[[658]](#footnote-658)**.

Pero antes que el derecho civil mismo, el precepto constitucional es el antecedente más importante del procedimiento administrativo en general y de la prueba en particular. En concordancia con la regla que se viene de citar sobre la aplicabilidad de la normativa del derecho común al procedimiento administrativa, el Procurador General del Estado ha dictaminado que el interrogatorio administrativo de una persona debe realizarse ante su propio abogado, lo que de otra manera carece de valor probatorio. Para el efecto, afirma que “[l]a claridad del precepto no deja la menor duda: ‘cualquier diligencia judicial, preprocesal, o administrativa’ que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria. Es aplicable por lo mismo no solo a las diligencias judiciales y preprocesales, sino también a las administrativas, a las que realice cualquier autoridad del Estado. Comprende por ello a las diligencias que efectúen las direcciones de recursos humanos, en los casos mencionados en la consulta”**[[659]](#footnote-659)**.

En forma general, los mandatos de la de la Ley de Modernización sobre la simplificación de las pruebas son parte de uno de los principios del procedimiento administrativo que es el llamado “principio del informalismo a favor del administrado” o sea “la carencia de formas estrictas”**[[660]](#footnote-660)**, según el cual “[l]as fórmulas sacramentales no deben imponerse, las constancias de autenticidad no deben multiplicarse innecesariamente, los requisitos no deben ser imprescindibles para cada actuación”**[[661]](#footnote-661)**.

Para entrar en la materia de la prueba conforme al procedimiento civil, cabe recordar que según el Código de la materia “[c]ada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la Ley”**[[662]](#footnote-662)**. Según la Ley de Modernización, se admitirán “mientras no se demuestre lo contrario en el proceso administrativo, la información declarada proporcionada por el administrado en su solicitud o reclamación” (Art. 18, § 2 de la Ley de Modernización), lo que equivale, en los términos del Código de Procedimiento Civil a establecer una presunción que, conforme a las reglas generales (Código Civil, Art. 32), admite prueba en contrario. En efecto, dice el Código Civil: “Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”. El mismo Código califica la presunción de “legal” cuando “los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley”. En consecuencia, la doctrina es clara en afirmar que “[e]l hecho presumido no necesita prueba”**[[663]](#footnote-663)**. La excepción de este principio de la Ley de Modernización es que solo se exigirán las pruebas “expresamente señaladas por la ley” (Art. 18 § 1º). En los demás casos bastará con la afirmación del interesado. Gordillo afirma que “en el procedimiento administrativo (...) la carga de la prueba recae enteramente y sin limitaciones sobre la administración”**[[664]](#footnote-664)**.

***Información sumaria***

El parágrafo 2º del artículo 18 que se comenta establece que no se exigirán “informaciones sumarias para probar hechos que no han sido controvertidos, puesto que se admitirá, mientras no se demuestre en contrario en el proceso administrativo, la información declarada proporcionada por el administrado en su solicitud o reclamación”. Tal como está redactada la frase introduce cierto elemento de confusión al referirse sucesivamente a “hechos controvertidos” y a “prueba en contrario”. En efecto, lo uno (controvertido) es diferente que lo otro (demostración de lo contrario). Para que una materia sea controvertida, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia debe ser discutida extensa y detenidamente y esto no implica forzosamente que lo controvertido sea demostrado, porque en su segunda acepción, el Diccionario citado, define “demostrar” como “Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración” y “demostración”, en su tercera y cuarta acepción, como: “Prueba de una cosa, partiendo de verdades universales y evidentes” y “Comprobación, con hechos ciertos o experimentos repetidos, de un principio o de una teoría”. Cabe concluir este punto afirmando que no basta la simple duda expresada por el funcionario público respectivo para que se considere que existe “controversia” y consecuentemente sea necesario que el peticionario deba probar sus afirmaciones, sino que en efecto el funcionario debe establecer con determinada certeza que la afirmación que se hace en la solicitud o reclamación no es verosímilmente verdadera, para que pueda exigir pruebas al peticionario.

La “información sumaria” a que se refiere este artículo 18 §2 es la misma descrita en el Código Civil y en unos pocos artículos del Código de Procedimiento Civil donde se alude a la “información sumaria o de nudo hecho” (por ejemplo, Art. 64, 4º CPC), sin llegar a definirla. Lovato la define como “toda especie de prueba que suele consistir en la presentación de documentos o testigos, practicada ante un juez, sin haberse suscitado competencia. Es frecuente en los actos de jurisdicción voluntaria (...) de acuerdo con la ley, este acto preparatorio puede practicarse sólo en los casos expresamente determinados por la ley”**[[665]](#footnote-665)**.

En los procedimientos administrativos la información sumaria solicitada con más frecuencia es la del estado civil, descrita en el Art. 705 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “El que tenga necesidad de probar su estado civil para deducir alguna acción, lo hará acompañando las pruebas designadas en esta Sección; y a falta de ellas, justificará sumariamente, por medio de información de testigos, que no es posible presentar tales pruebas, y que realmente tiene el estado en que se funda su derecho”. También dispone el Código de Procedimiento Civil, Art. 711: “La falta de los referidos documentos podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, constitutivos del estado civil de que se trata, y, a falta de estas pruebas, por la notoria posición de tal estado, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”.

***Certificado de supervivencia***

La disposición del Art. 19 de la Ley de Modernización dice: “Salvo que la Ley exija expresamente otra clase de pruebas”. No se conoce de una Ley vigente que exija otra clase de pruebas para la supervivencia, por lo que este artículo se aplica a todos los casos.

***Instrumentos públicos***

El Art. 20 de la Ley de Modernización afirma que “Por su carácter de instrumentos públicos las partidas y actas referentes al nacimiento, estado civil y defunción y sus copias certificadas prueban los hechos a que se refieren, con prescindencia de la fecha en que las mismas se han otorgado”. El Art. 1716 del Código Civil define el instrumento público como “el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”. Sobre los instrumentos públicos trata el Código de Procedimiento Civil, principalmente de los Arts. 164 al 190. En todo caso, es clara la ley adjetiva en el sentido que se considera parte esencial del instrumento “el lugar y la fecha del otorgamiento” (Art. 169, 4º), sin más calificación, vale decir, independientemente de cuál sea esa fecha. La ley hace salvedad sobre el instrumento que “en su parte esencial, se halla roto, raído, abreviado, con borrones o testaduras que no se hubieren salvado (Art. 168 CPC) y también, se considera falso el instrumento “en caso de que se hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento” (Art. 178 CPC).

***Certificados de cumplimiento de obligaciones***

El Art. 22 de la Ley de Modernización prohíbe a las instituciones públicas exigir certificados de cumplimiento de obligaciones de “otras” instituciones. Se debe entender que, con mayor razón, tampoco se podría exigir ese certificado de la misma institución donde se realiza el trámite. La provisión no afecta por ejemplo a los certificados de cumplimiento de contratos con el Estado que otorga la Contraloría General del Estado, al que se refiere también el Art. 24, b) de la Ley de Contratación Pública, entre las disposiciones comunes de los procedimientos de licitación y concursos públicos de ofertas.

Continúa también la vigencia, en este artículo de la Ley de Contratación Pública, literal d), de la exigencia del “certificado de existencia legal y de cumplimiento de obligaciones expedido por la Superintendencia de Compañías o de la entidad de control respectiva”, que, entonces, sí es exigible para la contratación pública, por constar en una ley. Para las entidades extranjeras se requiere “el pronunciamiento de la autoridad competente (...) sobre la existencia legal y capacidad de contratar en el Ecuador”. La reforma de este Art. 22 de la Ley de Modernización expresamente reitera la necesidad de cumplir con los certificados determinados en la Ley de Contratación Pública, de Consultoría, de Ejercicio Profesional de la Arquitectura y de Ejercicio Profesional de la Ingeniería.

Se podría alegar que esta disposición del Art. 22 Ley de Modernización “Certificados de cumplimiento de obligaciones” no afecta al certificado de sufragio establecido en el Art. 179 de la Ley de Elecciones. Según la Ley de Elecciones, estos certificados son obligatorios para presentar solicitudes en las instituciones públicas. Se alegaría que tales documentos no serían propiamente un “certificado de cumplimiento de obligaciones para con otras entidades o dependencias públicas o privadas distintas a las que realiza el trámite”, sino el certificado de cumplimiento de una obligación legal. La redacción del Art. 22 de la Ley de Modernización, que establece como únicas excepciones las determinadas en las leyes que se han citado, es suficientemente clara como para no ser admitidas este tipo de interpretaciones, que en todo caso no corresponderían sino al Congreso Nacional.

***Documentos otorgados en el extranjero***

Sobre los documentos otorgados en el extranjero (Art. 23 de la Ley de Modernización) dice el Código de Procedimiento Civil: “Los instrumentos públicos otorgados en Estado extranjero, si estuvieren autenticados, harán en el Ecuador tanta fe como en el Estado en que se hubieren otorgado” (Art. 188 CPC). Según Lovato, “la autenticación se hace mediante la certificación y la legalización. La certificación es acto del agente diplomático o consular del Ecuador residente en la nación en que se otorgó el instrumento, que se reduce a informar que el notario o empleado que autorizó el instrumento, es realmente tal notario o empleado, y que en todos sus actos hace uso de la firma y rúbrica que ha usado en el instrumento”**[[666]](#footnote-666)**.

La autenticación o legalización de los instrumentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse a las leyes o prácticas del Estado en que se hiciere. Las diligencias judiciales ejecutadas fuera del República, en conformidad a las leyes o prácticas del país respectivo, valdrán en el Ecuador (Art. 190, CPC). El Art. 190 CPC dispone que “[s]e autentican o legalizan los instrumentos otorgados en territorio extranjero, con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en que se otorgó el instrumento”. Este artículo claramente dispone la legalización del certificado por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores del país respectivo, solamente cuando se trate de certificaciones de gobiernos amigos a falta de agentes diplomáticos o consulares ecuatorianos. Pero no determina este mismo requerimiento de la legalización para cuando los agentes diplomáticos o consulares ecuatorianos extienden el certificado. A pesar de que el texto de este artículo del Código de Procedimiento Civil es exactamente igual al del Art. 211 de la codificación anterior del Código, sobre el mismo comenta Lovato que “en el primer supuesto —de la extensión del certificado por agente ecuatoriano— certifica el agente diplomático o consular de Ecuador y legaliza el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador”**[[667]](#footnote-667)**; no estando esto último —legalización del Ministro de Relaciones Exteriores— determinado por la ley, lo que en todo caso se puede considerar una práctica, sin base legal alguna. El “Índice” de Puig Vilazar cita una sentencia de la Corte Superior de Guayaquil que dice: “No es necesaria la legalización de la firma de los Cónsules ecuatorianos por el Ministerio de Relaciones Exteriores para la autenticidad de los documentos que estos funcionarios legalicen, por no estar ordenada en el Art. 211 del Cod. de Proc. Civil. Si así lo dispuso un Decreto Ejecutivo, tal decreto no podría reformar el Código expedido por la Legislatura, ni estaba dentro de la potestad reglamentaria agregar un requisito más a las solemnidades de la autenticación”[[668]](#footnote-668). Ese requerimiento de la legalización del Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador que no se exigía antes ni se requiere ahora, está definitivamente suprimido por el Art. 23 de la Ley de Modernización, con excepción de los certificados extendidos por los cónsules ad-honorem, que sí deberán ser legalizados por el Ministro de Relaciones Exteriores. Además, aunque no lo diga la Ley de Modernización, resulta aplicable la disposición del CPC en el sentido que la certificación extendida por un agente diplomático o consular de un país amigo, en ausencia de un agente ecuatoriano, deberá ser legalizada por el Ministro de Relaciones Exteriores de ese país amigo.

En la actualidad se encuentra vigente la Convención Internacional que reconoce la validez inmediata de la apostilla, sin más trámite.

***Traducciones***

El Art. 24 de la Ley de Modernización preceptúa la validez de las traducciones que llama extrajudiciales, siempre que se autentiquen las firmas. Para esto existen tres alternativas: pueden autenticar la firma del intérprete un notario ecuatoriano o un notario extranjero. Cuando el notario es extranjero, deberá a su vez autenticar la actuación de ese notario el Cónsul del Ecuador. También cabe que el Juez de lo Civil haga el reconocimiento de la firma del traductor. Sobre esto dispone el Código de Procedimiento Civil:

*Art. 195.- El reconocimiento de los documentos privados debe hacerse expresando que la firma y rúbrica son del que lo reconoce, sin que sea necesario que se declare ser verdadera la obligación, o cierto el contenido del documento.*

Se distingue de la traducción judicial porque en ésta actúa un intérprete nombrado por el juez o por el notario (Art. 264 CPC). El intérprete nombrado por el juez debe entre otras cosas, aceptar el nombramiento y jurar que lo desempeñará fiel y legalmente (Art. 256 CPC). Por otra parte, en la denominada traducción extrajudicial ante un notario ecuatoriano o extranjero no se requiere que el intérprete sea nombrado por el notario.

La última parte del Art. 24 de la Ley de Modernización dispone el trámite de la sanción “[e]n el evento que se comprobare la falsedad de la traducción”. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, falsedad es: “Falta de verdad o de autenticidad”; y en su acepción de derecho: “Cualquiera de las mutaciones u ocultaciones de la verdad, sea de las castigadas con delito, sea de las que causan nulidad de los actos, según la ley civil”. ¿Como se prueba la falsedad? La norma adjetiva define: “La nulidad o falsedad manifiesta de un instrumento lo invalida, sin necesidad de prueba”. La falsedad de la traducción es una materia diferente que la falsedad del documento. El Código de Procedimiento Civil establece que “[e]s instrumento falso el que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron, o de los testigos o del notario; por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y en caso de que se hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento”.

Ninguno de estos casos es el que trata este Art. 24 de la Ley de Modernización, sino aquél definido en el Art. 354 del Código Penal al que se remite el Art. 24 de la Ley de Modernización. El Código Penal se refiere al “falso testimonio punible” que ocurre “cuando se falta a sabiendas a la verdad”. Así, una traducción mal hecha o hecha defectuosamente por razones tales como la impericia, por ejemplo, no está comprendida en esta tipificación. Entonces, no bastaría comprobar el error de la traducción sino también que se lo cometió de mala fe, todo lo cual debería ser decidido por el juez, por lo que es inapropiada la redacción del Art. 24 de la Ley de Modernización que se comenta cuando dice que “[e]n el evento de que se comprobare la falsedad de la traducción, la autoridad administrativa remitirá los antecedentes al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que excite el enjuiciamiento penal”. En efecto, la única forma de “comprobar” la falsedad será precisamente a través del juicio respectivo, si bien para Gordillo “no solo existe una estrechísima relación entre la apreciación de la prueba en sede judicial y en sede administrativa sino que, hoy en día, puede hablarse de una necesaria identidad entre ambas”**[[669]](#footnote-669)**. ¿Se podría de esto inferir que es procedente que la autoridad administrativa declare la falsedad de un instrumento para remitirlo al juez penal? Si esto fuere así, por supuesto que el juez penal podrá sentenciar en sentido contrario, por ejemplo declarando la validez del documento.

***Copias y fotocopias***

Varias de las disposiciones de este Cap. III de la Ley de Modernización se remiten procedimientos constantes en leyes vigentes. Se hace referencia expresa a la Ley Notarial, para la supervivencia de una persona (Art. 19 de la Ley de Modernización) y certificación de fotocopias de documentos originales (Art. 25 de la Ley de Modernización). En el caso de los documentos otorgados en el extranjero (Art. 23 de la Ley de Modernización) y las traducciones, podría la Ley de Modernización haberse remitido a lo provisto en el Código de Procedimiento Civil.

El Art. 25 de la Ley de Modernización incurre en reiteración al declarar la admisibilidad de los documentos certificados por notario, porque ellos eran de todas maneras válidos antes de esta declaratoria. Hay que aceptar, por otra parte, que la validez que ellos tenían no fue un óbice para que los rechazaran algunos funcionarios públicos. Esta necesidad de reiterar por ley la validez de normas legales pre-existentes es comprensible en principio en vista de la práctica administrativa, pero por otra parte refuerza esa práctica, puesto que es cada vez más común que se exija una ley que determine específicamente un tema, sin aceptar una norma existente que disponga sobre el tema en forma general, que es lo que procede jurídicamente.

En este punto específico, lo dispuesto podría complicar algo determinados trámites administrativos antes que simplificarlos, porque existen muchos trámites en los cuales una simple fotocopia ha sido suficiente. A base del Art. 25 de la Ley de Modernización que se comenta, forzosamente todas las copias deberán ser certificadas, siendo inadmisibles las simples fotocopias.

El ERJAFE dispone:

*Art. 111.- Registros.-*

*(…)*

*5. (…) El ciudadano también podrá presentar una copia del original certificada por un Notario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Notarial o, de ser el caso, por el órgano de la administración que lo expidió.*

***Declaración e información jurada***

El Art. 26 de la Ley de Modernización trata sobre los “Documentos personales”. La regla es que los documentos se deben renovar o canjear contra entrega del documento anteriormente vigente sin más trámite o prueba. Cuando el documento anterior no está disponible por pérdida, deterioro o destrucción, se requiere “la declaración o información jurada del interesado o su representante”.

Cabe hacer dos distinciones. Primera, si bien se equiparan para todos sus efectos la pérdida o destrucción de documentos, un caso distinto es el del deterioro, salvo que este deterioro sea de tal naturaleza que se debe considerar como equivalente a una destrucción. Pero cuando se habla de deterioro, el procedimiento debería ser el mismo que el de la entrega del documento anteriormente vigente, sin más trámite o prueba, a diferencia de lo que determina el Art. 26 de la Ley de Modernización. En este artículo se enuncia “la declaración o información jurada” como equivalentes, lo que sería procedente si se refiere a “la declaración jurada” y a “la información jurada”, pero entonces no se entendería bien por qué se hace esta distinción, ni cuál sería la diferencia entre una y otra. Por otra parte, más apropiada es la interpretación de que se trata de “declaración” y de “información jurada” como situaciones diferentes. En este caso, según las normas generales enunciadas en diferentes artículos de este capítulo, debería ser la ley y no el funcionario público quien determine cuándo se debe solicitar una “declaración” y cuándo una “información jurada”. Así, la regla general es que para que se exija la “información jurada” ésta debe ser expresamente determinada en alguna ley. En los demás casos deberá bastar la “declaración”.

El juramento, según el Art. 230 del Código de Procedimiento Civil es “la promesa de decir la verdad.” El Código de Procedimiento Civil se refiere solamente al juramento ante el juez, que se describe en el Art. 234, que dice: “[t]oda declaración debe recibirse después de explicar al testigo el significado del hecho de jurar y la responsabilidad penal para los casos de falso testimonio o de perjurio”.

Pero se puede concluir que también cabe juramento ante la autoridad pública, por lo tipificado en el Art. 354 del Código Penal que define el perjurio como el “declarar, confesar, o informar ante la autoridad pública, sea el informante persona particular o autoridad, se falta a sabiendas a la verdad (...) con juramento”, mientras que el “falso testimonio” es cuando se falta a la verdad sin juramento. Para el efecto, resulta claro que el juramento, realizado en forma personal y verbal, deberá formalizarse por escrito para que resulte aplicable lo dispuesto en el Código Penal, aunque se trate de un acta levantada para el efecto por la autoridad en base de una declaración verbal del interesado y firmada por éste.

***Presentación de documentos***

La mayor parte del Capítulo III de la Ley de Modernización “De la Racionalización y Eficiencia Administrativa” se refiere a la tramitación y a la prueba documental. En general sobre este tema el Art. 27 de la Ley de Modernización dispone que la Administración Pública no exigirá “más de una prueba con relación a un hecho”, ni exigirá documentos más de una vez. Contiene tres provisiones diferentes: 1. No se exigirá más de una prueba por hecho; 2. No se volverán a exigir documentos ya presentados en el mismo órgano administrativo; y, 3. No se requerirá actualización de documentos.

Parece suficientemente razonable la prohibición de no exigir más de una prueba por hecho. Se entiende que la prueba a que se refiere es suficiente para probar el hecho indicado, puesto que también se pueden dar situaciones en que dos o más pruebas se requieren para probar un hecho determinado. Todo esto, a pesar de que el legislador eliminó del Código de Procedimiento Civil la distinción entre prueba plena y semiplena que se definían en el antiguo Art. 116 de este Código. Por supuesto que debe ser facultativo para el administrado presentar voluntariamente más de una prueba por hecho, debiendo ser recibidas por el funcionario responsable.

La nueva normativa italiana a que se hace referencia en otros apartados, expresa que: “[c]uando el interesado exprese que hechos, situaciones y elementos cualificantes están declarados en documentos que obran en posesión de la administración decisora o de otro organismo público, el responsable del procedimiento debe solicitar de oficio la incorporación de los documentos originales o de copia de ellos”**[[670]](#footnote-670)**. La Ley de Modernización dice que no se exigirán documentos “que hubieren sido presentados en el mismo órgano administrativo con anterioridad”. Aquí se entiende órgano en el sentido amplio, abarcando la entidad o dependencia y no solo el funcionario responsable. Aunque no lo exprese el artículo, corresponde al funcionario responsable del trámite el solicitar internamente el documento original o la copia, según sea el caso. Correspondería al solicitante dar los datos exactos, incluyendo la fecha, unidad administrativa, cuestión, etc., del trámite o trámites donde se produjeron los documentos en cuestión, porque no cabría pretender que basta la simple expresión del solicitante que tales documentos reposan en los archivos del órgano administrativo.

La provisión que impide solicitar actualización de documentos presentados como prueba dentro de un mismo trámite, debe calificarse, en cuanto existen documentos que no obstante lo determinado en el Art. 27 de la Ley de Modernización, forzosamente deberán ser actualizados en los casos determinados por la ley o por la naturaleza de las cosas, como en la contratación pública: actualización de garantías, confirmación de ofertas transcurrido su plazo de validez, etc. Otra situación sería el que durante el trámite, un documento que tenía validez a su inicio lo pierde en su transcurso. Así, ciertos certificados, como los del registro de consultoría, se expiden por un lapso determinado de dos años, conforme la dudosa interpretación del Art. 94 del Reglamento de la Ley de Consultoría**[[671]](#footnote-671)**, sin que exista una base en la Ley de Consultoría para este requisito. En primer lugar resultan improcedentes estas renovaciones. Pero adicionalmente si se acepta que es procedente que tales certificados pierdan su validez cada dos años, la validez del documento se debería establecer en función de la fecha de presentación y no la de la conclusión del trámite en un caso como estos. Igual tratamiento se deberá dar a todo certificado que tenga un período limitado de duración. A pesar de lo dicho, la posibilidad de actualización de documentos o certificados sí se debería considerar al menos como facultativa para los solicitantes.

**El derecho de petición**

El Art. 28 de la Ley de Modernización alude al “derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el Art. 213 del Código Penal”. Al respecto dice el Art. 23 de la Constitución, que trata de los derechos de las personas:

*Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigente, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:*

*(...)*

*15. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado.*

Los vocablos “quejas” y “peticiones” se refieren naturalmente a procedimientos administrativos y no a procedimientos judiciales, donde lo procedente son las “acciones”, genéricamente y “recursos” y “denuncias” en su caso.

Se considera que, en contraposición a los trámites administrativos, las cuestiones judiciales están contempladas en el Capítulo 1 “De los principios generales” (Arts. 191-197) del Tít. VIII “De la Función Judicial” y sus acciones no se pueden considerar “quejas” o “peticiones”. En consecuencia, este numeral 15 del Art. 23 de la Constitución se refiere solamente a los procedimientos administrativos. Larrea, al discutir este artículo se refiere a los plazos para resolver las peticiones “que se presentan en juicios y según los respectivos términos procesales”, pero como un ejemplo de plazos establecidos expresamente por la ley, a diferencia de otras constituciones donde se fijaban plazos específicos (Constituciones de 1945, 1967 y proyecto del 45 reformada)**[[672]](#footnote-672)**.

No resulta entonces aplicable el impedimento de presentar peticiones a nombre del pueblo para el ejercicio de las acciones populares permitidas por el Art. 990 del Código Civil, para que “[l]as municipalidades y cualquiera persona del pueblo (...) en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público (...) etc.”. Vale concluir reiterando que esta llamada “acción popular”, con antecedentes en el Derecho Romano no resulta propiamente una “queja o petición” presentada a nombre del pueblo, como lo documenta abundantemente Sarmiento**[[673]](#footnote-673)**. Esta prohibición constitucional tampoco debe interpretarse como afectando las peticiones de grupos o clases de la población afectadas —las “class action” de los Estados Unidos— constantes, por ejemplo, en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Art. 91 de la Constitución, sobre legitimación procesal en las causas, lo que se aplica a cuestiones judiciales. Larrea interpreta adecuadamente el alcance de este aserto del Art. 19, 11 de la Constitución (“pero en ningún caso a nombre del pueblo”) al comentar: “Con acierto han dicho todas nuestras Leyes Fundamentales, que el derecho de petición personal o colectivo, no puede presentarse ‘en nombre del pueblo’, porque esto supondría una organización paralela al Estado; son los órganos del poder público los que realmente representan al pueblo. Ni siquiera los ‘Representantes’, antes eran ‘Diputados o Senadores’, pueden atribuirse esa representación exclusiva; y de esto deriva también su independencia en su actuación como legisladores, sin que se puedan sentir constreñidos en tal o cual sentido para presentar sus opiniones, proyectos y decisiones como integrantes del Congreso”**[[674]](#footnote-674)**.

Finalmente, como se viene de observar, la prohibición de presentar quejas o peticiones administrativas “en nombre del pueblo”, en nada impide el ejercicio de la legitimación procesal de las personas para iniciar acciones judiciales en defensa del medio ambiente que puede presentar “cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente” conforme lo determinado en el Art. 91 de la Constitución citado líneas arriba.

Cuando el texto constitucional que se comenta (Art. 23, 15) alude al “plazo adecuado” se refiere inmediatamente al calificativo “conforme a la ley”, ya que no se podría establecer un plazo fijo como lo hicieron otras constituciones, “porque hay ciertas peticiones que deben ser resueltas en otros plazos”, como señala Larrea. Concuerda con esto el texto pertinente del Art. 28 de la Ley de Modernización que señala un “término no mayor de quince días (...) salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto”. Y al hablar de distinto se debe entender no sólo “otro término distinto”, sino que también puede ser “otro plazo distinto”. Así, por ejemplo, el plazo para absolver las consultas tributarias, según el Código de la materia. La Ley de Modernización, también coincide con el texto constitucional al disponer que los plazos serán fijados por la ley, en cuyo caso no caben determinaciones reglamentarias, aunque sí podrían establecer en el ERJAFE expedido por el Presidente de la República a base de la delegación establecida en el Art. 171, 9 de la Constitución y el Art. 40 de la Ley de Modernización, como de hecho lo ha determinado ambiguamente.

El Art. 28 de la Ley de Modernización añade los términos de “reclamo, solicitud o pedido” a los de “quejas y peticiones” constantes en el Art. 23, 15 de la Constitución. En general, estos vocablos no tienen una definición especial en el derecho positivo ecuatoriano, por lo que su significado es, conforme las reglas generales, su sentido natural y obvio, es decir el contenido en el diccionario de la lengua española. Se pueden citar, por ejemplo, referencias a “quejas” en la Ley Orgánica de la Función Judicial, sobre “quejas (...) contra los secretarios y demás funcionarios y empleados (...) de la Función Judicial” (Art. 36); solicitud, consulta o reclamo” (Art. 151 de la derogada Ley de Régimen Administrativo); “Investigar las quejas y reclamos (...) sobre la Administración Pública” y “denuncias por incorrecciones cometidas por funcionarios o empleados” (Arts. 3 y 4 de la Ley de Creación de la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo**[[675]](#footnote-675)**, actualmente derogada. En ninguno de estos casos se define lo que se entiende por queja, solicitud, denuncia, etc.

Los parágrafos 1º y 2º del Art. 28 de la Ley de Modernización aluden a la suspensión del trámite y a la falta de resolución: 1. “En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión”; y 2. “[S]uspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos”. En el segundo parágrafo de este artículo también se tipifica la no aceptación de un petitorio.

La no aceptación de un petitorio podría darse por no ser el funcionario que lo recibe el competente para su tramitación. En estos casos, el sentido común determina que se reciba obligatoriamente la petición y se remita en forma inmediata al funcionario competente, si se trata de la misma institución, o que se instruya al peticionario sobre dónde debe presentar la solicitud si se trata de una institución diferente. Por tanto, aunque el funcionario sea incompetente para resolver el asunto sometido a su consideración, estará sujeto a las sanciones correspondientes en caso de no reexpedir el petitorio al órgano competente, lo que para mayor abundamiento se debería incluir en el Reglamento de la Ley de Modernización.

El ERJAFE resuelve de otra manera esta situación:

*Art. 87.- Incompetencia.- Frente a las peticiones o reclamaciones de los administrados, cuando un órgano administrativo se estime, fuera de toda duda razonable, incompetente para el conocimiento y resolución de ese asunto, se dispondrá el archivo correspondiente, debiendo notificar del particular al peticionario, sin perjuicio de que los interesados recurran o la reenvíen al órgano que consideren competente. No operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto.*

Para los efectos prácticos resulta lo mismo la “suspensión” de un trámite que su no resolución. Basta que transcurran los quince días señalados en este artículo, salvo que la norma legal haya establecido un término o plazo diferente. En todo caso, la suspensión se debe atribuir siempre a la Administración, puesto que “es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, usualmente, su continuación no depende de la voluntad de éste”[[676]](#footnote-676), como consecuencia del principio del procedimiento administrativo denominado “de la impulsión de oficio”. “En conclusión, afirma Gordillo, el particular puede en cierto modo activar el procedimiento, pidiendo que la administración lo impulse; pero no puede por lo general impulsarlo él mismo, ni tampoco puede paralizarlo por su inacción”.

La nueva normativa italiana de procedimiento administrativo ordena la determinación de “los casos en que la solicitud de otorgamiento de una autorización, licencia, habilitación, permiso u otro acto consensual relacionado con el desarrollo de una actividad privada, se considera aprobada siempre que no se comunique al interesado el acto denegatorio dentro del término fijado según categorías de actos, en relación con la complejidad del procedimiento respectivo”**[[677]](#footnote-677)**.

También se podría considerar una suspensión injustificada del órgano receptor de la solicitud, que previo a su pronunciamiento haga pedido de documentación o información adicional no contemplada expresamente en la ley, conforme las reglas del Cap. III de la Ley de Modernización. En cambio, si la documentación determinada expresamente en la ley no se entrega con la solicitud, el Reglamento de la Ley de Modernización podría adecuadamente señalar como inicio del trámite el día en que los documentos fijados por la ley sean presentados. En tal caso, también corresponde al órgano competente señalar expresamente la documentación pendiente, sin que sea aceptable que se hagan sucesivos pedidos de documentos adicionales, lo que se deberá hacer de una sola vez, dentro un término perentorio, lo que también se debería fijar en el Reglamento de la Ley de Modernización.

Los actos de no aceptación del petitorio, suspensión del procedimiento o de no emitir la resolución en quince días se configuran como contrarios al derecho de petición garantizado en la Constitución, tipificados en el Art. 213 del Código Penal como “acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución, ordenado o ejecutado por un empleado u oficial público (...) será reprimido con prisión de tres a seis meses”.

El ERJAFE ha establecido un plazo diferente para el silencio administrativo positivo, lo que ha sido interpretado de diferentes maneras por las autoridades judiciales:

*Art. 206.- Plazo.- En los procedimientos de los órganos y entidades sometidos al presente estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de dos meses contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades.*

*En caso de una petición del interesado que no haya sido resuelta en el plazo indicado se presumirá aceptada dejando a salvo las acciones que tenga derecho a interponer.*

*Los procedimientos administrativos de las demás funciones del Estado, de las entidades y órganos del Régimen Seccional Autónomo y en general de aquellos que no conforman la Función Ejecutiva se regirán en cuanto al plazo para la resolución de procedimientos por las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes.*

**El agotamiento de la vía administrativa**

El Art. 38 §2 de la Ley de Modernización dispone que no se exija “como requisito previo para iniciar cualquier acción contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa”. Con esto se derogaron unas pocas disposiciones legales vigentes sobre el requisito del agotamiento de la vía administrativa, especialmente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA).

Uno de los principios tradicionales del proceso en los contenciosos de los particulares contra el Estado, superado en la actualidad, el del llamado agotamiento de la vía administrativa, consignado en la anterior Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), derogada en la actualidad**[[678]](#footnote-678)**:

*Art. 13.- Reclamo administrativo previo a la acción judicial.- Los Jueces y Tribunales de Justicia no conocerán de las acciones judiciales en contra del Estado y las instituciones del sector público, sin que se justifique haber precedido la reclamación administrativa de los derechos controvertidos, ante los funcionarios competentes y su denegación por parte de éstos.*

*Si la resolución demorare más de sesenta días después de iniciado el reclamo, el interesado podrá deducir su acción ante los Jueces o Tribunales competentes, comprobando que ha transcurrido dicho plazo.*

*No será menester que preceda la reclamación administrativa en los juicios laborales ni en los de excepciones opuestas a la coactiva.*

Esta disposición resultaba aplicable a todos los procesos, incluyendo los civiles, con las excepciones señaladas en el §3º: juicios laborales y jurisdicción coactiva. Mas para la jurisdicción contenciosa administrativa, dice la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA):

*Art. 30.- La demanda debe ser clara y contener:*

*(...)*

*e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes y su denegación por parte de estos.*

Esta norma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encuentra derogada tácitamente por la disposición que se comentan en estas líneas.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo aclaró que en el proceso contencioso administrativo se

*limita el requisito de la reclamación administrativa previa únicamente a los casos expresamente señalados por la ley, situación ésta que es especial en tratándose de la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que precisamente se llega a ella como culminación de un proceso administrativo, luego de agotarse las instancias de éste, sin que sea, de otra parte, necesario se proceda a otra reclamación administrativa previa, como es la del Art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.*

Añadiendo otra sentencia: “La naturaleza especial de esta ley -LJCA- hace que prevalezca sobre la Ley Orgánica del Ministerio Público”**[[679]](#footnote-679)**. La reclamación administrativa previa no es necesaria cuando se reclama por un acto administrativo firme que es precisamente la culminación de un procedimiento administrativo**[[680]](#footnote-680)**.

Cabe distinguir entre el agotamiento de la vía administrativa, a que se refiere el Art. 31, c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), con el requerimiento de “que el reclamo ha sido negado”. En efecto, la Procuraduría General del Estado ha dictaminó que “[e]sta negativa es la base ineludible para que pueda incoarse la acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, (...). De no existir tal negativa, expresa o tácita, no habría ninguna posibilidad de concurrir al Tribunal”. En consecuencia, se puede afirmar que está derogada parcialmente la letra c) del citado Art. 31 de la LJCA: no se requiere agotar la vía administrativa, pero todavía se deben acompañar a la demanda “[l]os documentos que justifiquen (...) que el reclamo ha sido negado”, pudiendo esa negativa ser tácita o expresa. Sobre el Art. 13 de la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), el citado dictamen afirma que “para proceder al trámite de las reclamaciones contencioso-administrativas no es necesario cumplir los requisitos que puntualiza el citado artículo (Art. 13 de la derogada LOMP) como previos”**[[681]](#footnote-681)**.

Se puede, en cambio, discrepar parcialmente con este dictamen de la PGE en la parte que afirma que:

*La derogatoria tácita prevista en el segundo inciso del Art. 38 de la Ley de Modernización se refiere a las demandas contra el Estado y las entidades del sector público propuestas ante los jueces comunes, no a los asuntos que competen al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Así lo ha resuelto dicho Tribunal en pleno y con fuerza obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario*.

La citada sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo dispone que:

*(…) no es necesario cumplir con los requisitos que puntualiza el Art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, como previos, para incoar acción de impugnación de un acto administrativo ante el Tribunal de lo contencioso administrativo, pero sí los que se contemplan en los Arts. 30 y 31 (contenido de la demanda y documentos que deben acompañarse a ésta, respectivamente) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* **[[682]](#footnote-682)***.*

Pero esta sentencia data de 1986, fecha anterior a la vigencia de la Ley de Modernización. Por las razones desarrolladas líneas arriba, es más que lógico concluir que el Art. 38, § 2 de la Ley de Modernización en la parte que dice: “No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado”, sin duda que deroga parcialmente la letra c) del Art. 31 de la LJCA, como se ha visto.

Los detalles de la reclamación judicial del silencio administrativo positivo han sido discutidos en la primera parte de esta obra.

A pesar de que se produzca el silencio administrativo positivo conforme al Art. 28 de la Ley de Modernización, el solicitante tendrá siempre la opción de acudir al Tribunal Distrital de lo Administrativo e impugnar judicialmente el acto administrativo como negado tácitamente, invocando la aplicación de la letra c) del Art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A pesar de ser innecesario para iniciar la acción judicial el agotamiento de la vía administrativa o el reclamo previo, esto resulta potestativo del administrado. Podría el particular considerar que prefiere interponer el recurso, sea de reposición sea jerárquico o de revisión, que corresponda al interior de la administración, para la resolución pertinente. Los funcionarios públicos competentes tendrán que acoger el recurso y resolverlo conforme a la ley, sin alegar que es “innecesario”. Así, de resolver las autoridades el recurso a favor del particular y revocar el acto administrativo impugnado no tendrá el particular que acudir a los tribunales. Es evidente que, de todas maneras, el particular podrá acudir a los tribunales administrativos si discrepa con la resolución que finalmente se expida.

***El derecho de “vista” de los documentos administrativos y judiciales***

El Art. 32 de la Ley de Modernización trata sobre el derecho de acceso a los documentos públicos. Se destacan tres aspectos doctrinales en este tema: 1. La llamada “vista” de los documentos; 2. El llamado derecho a la información; y, 3. La legitimación para solicitar los documentos.

La “vista” de los documentos se relaciona con el derecho de revisar los expedientes en los procedimientos administrativos, mientras que el derecho de la información, donde existe, permite solicitar cualquier tipo de documento que manejen las instituciones estatales y su procedimiento se somete a lo establecido en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información. En el artículo que se comenta, la referencia a “situaciones jurídicamente protegidas”, permite especular que la norma se aplica solamente en los procedimientos administrativos, o por lo menos en los casos donde algún derecho subjetivo podría ser vulnerado. Pero superficialmente no se ve otro caso donde tales derechos podrían ser vulnerados que precisamente en un procedimiento o proceso administrativo.

La “vista” de las actuaciones administrativas se considera como importante elemento de la garantía de la defensa o del debido proceso. En otra parte se ha establecido que los principios del procedimiento administrativo son: legalidad objetiva, oficialidad, informalismo a favor del administrado, contradicción y debido proceso (garantía de la defensa). Esta garantía comprende el derecho de ser oído, lo que a su vez presupone la publicidad del procedimiento, o sea el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, al decir de Gordillo**[[683]](#footnote-683)**. Según Escola, la vista debe comprender la exhibición al interesado de todas las actuaciones cumplidas y existentes, vinculada con la cuestión en debate, sus agregados y anexos, y las demás constancias que hubiere**[[684]](#footnote-684)**.

No obstante, según la norma general, la garantía de “vista” ya se encuentra establecida en la norma adjetiva común, el Código de Procedimiento Civil, como parte del principio procesal de la publicidad**[[685]](#footnote-685)**. Esto lo determina la Constitución: “Salvo los casos expresamente señalados los juicios serán públicos” (Art. 195).

En el Art. 32 de la Ley de Modernización el legislador se ha inspirado también en la nueva normativa del procedimiento administrativo italiano, mencionada líneas arriba, con un texto similar. La disposición citada de la normativa italiana comprende los documentos representados en forma electromagnética, vale decir, incluye disquetes, discos ópticos (CD ROM), discos duros de computación, etc. Asimismo, se extiende a todos los actos, es decir que se incluyen también los llamados actos interlocutorios, es decir aquellos actos administrativos correspondientes a la fase de preparación del acto administrativo que decide un trámite particular. En todo caso se excluyen los actos de planificación y programación. Respecto de los procedimientos tributarios se continúa aplicando la normativa especial tributaria. Se consideran excluidos de la publicidad los asuntos de: a) seguridad, defensa nacional y relaciones internacionales; b) política monetaria y de valores; c) orden público, prevención y represión de la criminalidad; d) la privacidad de terceros, personas, grupos y empresas**[[686]](#footnote-686)**.

**El proceso contencioso administrativo**

Como consecuencia de la tutela que el derecho público mantiene sobre las dependencias, entidades y empresas públicas, se han establecido determinadas normas que restringen la libertad de acción de las entidades del Estado en la conducción de los juicios:

1. Así, aunque el Estado ni las empresas públicas y demás instituciones públicas, no recurran de las sentencias adversas que se dictan contra ellos, tales sentencias se deben elevar en consulta al inmediato superior. No se considera en ningún caso la deserción del recurso de las entidades y empresas públicas**[[687]](#footnote-687)**.

2. Tampoco puede el Estado ni las entidades y empresas públicas renunciar a la apelación**[[688]](#footnote-688)**.

Por otra parte, se aplican medidas de protección al Estado y las entidades y empresas públicas, principalmente la que le permite litigar en papel simple y sin pago de derechos judiciales**[[689]](#footnote-689)**.

Las instituciones públicas requieren del permiso del Procurador General del Estado, previo el informe favorable del Director o Asesor Jurídico institucional para “allanarse o desistir de la demanda, transigir o terminar el juicio por mutuo consentimiento, cuando la cuantía sea superior a 2000 salarios mínimos vitales del trabajador en general o, cuando sea de cuantía indeterminada que pueda exceder de dicho monto”**[[690]](#footnote-690)**. Cabe aplicar a las entidades y empresas públicas la multa que contempla el Código de Procedimiento Civil para los recusantes a quienes se hubiera denegado la recusación, porque el Código de Procedimiento Civil sólo exonera al Estado del pago de multa por este concepto, mas no a sus entidades**[[691]](#footnote-691)**. Pero, en general, tanto el Estado como las instituciones públicas “comparecerán e intervendrán con los mismos derechos y obligaciones de los particulares en el proceso judicial. Por consiguiente se les citará, contestarán la demanda, presentarán las pruebas, cumplirán todas las diligencias y las obligaciones derivadas de los fallos judiciales y, tendrán derecho a interponer los recursos que la Ley les faculta, sin privilegios de ninguna clase. Exceptúase de esta norma la interposición del recurso de casación, para el cual ni el Estado ni el sector público en general, están obligados a rendir la caución prevista en la Ley sobre la materia”**[[692]](#footnote-692)**. Se podrá declarar el abandono de las causas en las que interviene el Estado y sus instituciones. Los perjuicios que puedan sobrevenir al Estado y sus instituciones por la declaratoria de abandono son de responsabilidad de los funcionarios respectivos**[[693]](#footnote-693)**.

Se debe, por último, recordar que 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.

***Ejecución de sentencias***

Sobre la ejecución de sentencias contra el Estado y sus entidades, el Art. 39 de la Ley de Modernización dispone que ellas se ejecutarán conforme al Código de Procedimiento Civil. Esta provisión no resulta una redundancia, en cuanto, con anterioridad a la Ley de Modernización, regía para la ejecución de sentencias contra el Estado y sus entidades la Ley Orgánica del Ministerio Público (actualmente derogada y sustituida por otra del mismo nombre) y, en materia contractual, la Ley de Contratación Pública.

El Art. 20 de la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público, disponía que “[l]as decisiones condenatorias que pronuncien los jueces y tribunales de justicia contra el Estado tendrán carácter meramente declarativo, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretende. En lo demás, se estará a lo que disponen las leyes pertinentes, debiendo hacerse constar en el Presupuesto General del Estado del año siguiente al de la declaratoria, la partida necesaria para el cumplimiento de la obligación”. Demás está decir que este enfoque no era conductivo al cumplimiento de las sentencias contra el Estado. No existe algún modo de obligar al Estado a incluir en su Presupuesto los fondos para el pago respectivo. En caso de que estos fondos se acrediten efectivamente, tampoco hay un modo de obligar a los funcionarios correspondientes a disponer el pago de lo adeudado.

El examen del capítulo III “Del Patrocinio del Estado de la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público revelaba que la mayoría de los artículos pertinentes aludía a “el Estado y las instituciones del sector público” (Arts. 12 §§1 y 4, 13, 15, 17, 18 y 19) o a “el Estado o uno de sus organismos (Art. 14). Las excepciones eran el Art. 21 que, evidentemente, se refería al Estado y no a sus entidades, y, el Art. 20, que es el que se comenta en estos parágrafos. De esto se desprende claramente que la disposición del Art. 20, sobre el cumplimiento de las sentencias, aludía exclusivamente al Estado, más no a sus entidades. Éstas se debían consecuentemente sujetar a los procedimientos generales para la ejecución de sentencias. Se conoce de por lo menos un par de veces en que la Procuraduría General del Estado dictaminó en contra de lo determinado por este claro precepto legal, opinando que eran improcedentes las órdenes de embargo contra de la Comisión de Tránsito del Guayas y contra el Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias**[[694]](#footnote-694)**.

Mientras la Ley Orgánica del Ministerio Público disponía que las sentencias contra las entidades públicas son de “carácter meramente declarativo”, el Art. 116 de la Ley de Contratación Pública**[[695]](#footnote-695)**, derogada por el Art. 39 de la Ley de Modernización, disponía que: “Las sentencias condenatorias que pronuncien los jueces en contra del Estado y las instituciones del sector público (...) tratándose de obligaciones de pago, de no existir los recursos suficientes para cumplirlas de inmediato, se hará constar la partida presupuestaria correspondiente en el Presupuesto General del Estado o de la respectiva entidad, en el año fiscal siguiente al de la sentencia”. Esta disposición era aplicable solamente en las sentencias dictadas contra el Estado y sus entidades pronunciadas en juicios sobre contratación pública.

En todo caso, la Procuraduría General del Estado ha dictaminado que “el Art. 116 de esta Ley (Ley de Contratación Pública), referente al “carácter de la sentencia”, y el Art. 20 de la Ley Orgánicadel Ministerio Público —actualmente derogada— se encuentran modificados por el Art. 39 de la Ley de Modernización”**[[696]](#footnote-696)**.

Debe notarse que resultaba superflua la referencia a que no existan “los recursos suficientes para cubrirlas (las sentencias) de inmediato”, porque para el efecto se requeriría que en la institución pública respectiva: 1. Hubiera existido una partida para “pago de sentencias condenatorias”; y, 2. Que la indicada partida hubiera contenido una cantidad suficiente para cubrir el valor de la sentencia. Todos estos requerimientos hacían imposible en la práctica que se puedan pagar las sentencias del Estado y sus entidades sobre materias de contratación pública. Así, la Ley de Contratación Pública extendió a las entidades públicas el beneficio—de dudoso valor ético— de no verse forzadas a pagar sus sentencias condenatorias en materias de contratación pública.

A diferencia de lo expresado en parágrafos anteriores, para la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, actualmente Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dispone que “mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones señaladas, adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo” (Art. 64, LJCA). Adicionalmente, la reforma de 1973 dispuso que los funcionarios que “retardaren, rehusaren o se negaren a dar cumplimiento a las resoluciones o sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, estarán incursos en lo preceptuado en elnumeral 4º del Art. 277 del Código Penal”**[[697]](#footnote-697)** (Art. 64). El artículo citado del Código Penal determina la figura del prevaricato.

Los esfuerzos de la Ley de Modernización en su Art 39 (cumplimiento de sentencias), por revertir los abusos evidentes que se producían por la imposibilidad de hacer cumplir al Estado las sentencias contrarias, haciendo mofa de la justicia que debe imperar en un Estado de Derecho, se ven nuevamente frustrados por la interpretación errónea —o más bien equívoca— que da el Reglamento a la Ley de Modernización a este precepto.

En efecto, según el Art. 23 del Reglamento de la Ley de Modernización, los funcionarios públicos de la institución respectiva cumplirían lo determinado en la sentencia simplemente con solicitar al Ministro de Finanzas “los fondos necesarios para” el pago de la sentencia. La remisión de los fondos necesarios puede o no darse; y con la experiencia existente sobre este tema, más seguramente tales fondos no serán remitidos a la institución, por lo menos en el corto plazo. La posibilidad que se describe en el Reglamento de denunciar el hecho al Ministerio Público no añade nada a lo existente desde antes de la Ley de Modernización.

Todo lo cual no obsta para que los afectados pueden solicitar judicialmente el cumplimiento de lo ordenado en la Ley de Modernización, que dispone que se apliquen las medidas determinadas en el Código de Procedimiento Civil, medidas que son diferentes a las antes existentes en la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley de Contratación Pública. En efecto, la Ley de Procedimiento Civil, establece para el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, a falta del pago o dimisión de bienes en el término de tres días, el embargo de bienes del deudor, incluyendo los dineros en cualquier cuenta corriente de la institución, aunque sean del Banco Central, sin importar a qué partida se encuentran asignados. Estos procedimientos son los aplicables con base en lo que determina la Ley de Modernización, fondos y bienes que naturalmente tendrán que ser reembolsados inmediatamente por el Ministerio de Finanzas a la institución pública embargada. Según la Procuraduría General del Estado, el procedimiento aplicable es el común a los juicios ejecutivos, constante en el Art. 498 del Código de Procedimiento Civil**[[698]](#footnote-698)**, que dice:

*Art. 488.- Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la Ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida.*

Asimismo, según el dictamen que se viene de citar, la equívoca redacción del Reglamento de la Ley de Modernización no cambia en nada el cumplimiento de la Ley de Modernización, porque “esde anotar que, pese a su forma de redacción, se remite en expresamente al Art. 39 de la misma y a las reglas de las leyes procesales pertinentes, como no podía ser de otra manera, ya que un reglamento no puede modificar la Ley”.

**XXVIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Albi, Fernando. *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales.* Aguilar. Madrid, 1960.

Alcívar, Orlando. *Comentarios a la Constitución Política del Estado* (La Asamblea Itinerante). Guayaquil, 1998.

Alessandri. A. *Derecho Civil. De los Contratos.* Zamorano y Caporán. Santiago, 1976.

Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch. Barcelona, 1970. 2 tomos.

Altamira, Pedro Guillermo. *Principios de lo Contencioso Administrativo*. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1962.

Aragón Reyes, Manuel y Zolozábal Echavarría, Juan J. (editores). *Derecho Constitucional. (textos legales y jurisprudencia comentada)*. McGraw-Hill. Madrid, 1995.

Arena. Contribución a la Sistematización Jurídica de los Entes Públicos. En: *La Empresa Pública*. 1970. Real Colegio de España en Bolonia. 1970.

Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

Aristóteles. *La Constitución de los Atenienses (324-322 A. C.)*. Gredos. Madrid, 1984.

\_\_\_\_\_. *La Política*. Editorial Gredos. Madrid, 1988.

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.

Arroyo del Río, Carlos. Una consulta del Banco Central. En: *Estudios Jurídicos*.Guayaquil, 1964.

Auby, Jean Marie y Pierre Bon. *Droit Administratif des Biens*. Dalloz. París, 1993.

Avineri, Schlomo. *The Social & Political Thougt of Karl Marx.* Cambridge University Press. Londres, 1968.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Hegel’s Theory of the Modern State (1972).* Cambridge University Press. Cambridge, 1976.

Bachelet, Vittorio. Estructuras y Garantía de la Actividad Empresarial del Estado. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Baena del Alcazar. *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*. Tecnos. Madrid.

Ballbé, Manuel. Derecho Administrativo. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix, Editor. Barcelona, 1985. Tomo I. Derecho.

Banco Mundial. *Procurement of Works*. Smaller Contracts. March 1994.

Bascuñan V. Aníbal. *Elementos de Historia del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1954.

Batbie, A. *Précis de Droit Public et Administratif*. F. Pichon. París, 1885.

Begaux‑Francotte, Colette. La Empresa Pública en la Unión Soviética. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Beneyto, Juan. *Historia de la Administración Española e Hispanoamericana*. Aguilar. Madrid, 1958.

Berçaitz, Miguel A. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2a. edición. Depalma. Buenos Aires, 1980.

Bermejo Vera, José. El Dominio Público Marítimo. En: Bermejo (Dirección y coordinación). *Derecho Administrativo. Parte especial.* Civitas. Madrid, 1994.

\_\_\_\_\_\_\_\_. Las potestades administrativas específicas. En: *Derecho Administrativo. Parte especial.* Civitas. Madrid, 1994.

Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. La Ley. Buenos Aires, 1980. 5 Tomos.

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. St. Paul Minn., 1979.

Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo* (Segunda edición)*.* Thompson-Civitas. Madrid, 2004.

Borda, Guillermo A. *Manual de Obligaciones.* Editorial Perrot. Buenos Aires, 1981.

Borja y Borja, Ramiro. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito, 1979. 4 tomos.

*\_\_\_\_\_\_\_\_. La Constitución Quiteña de 1812*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1962.

\_\_\_\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1984.

Broseta Pont, Manuel. *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1965.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. Nueva York, 1979.

Bulnes, Cristian. *Relaciones y Conflictos entre los Órganos del Poder Estatal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1967.

Burdeau, Georges*. L'État*. Editions du Seuil. París, 1970.

Bustamante Muñoz, René. *Edición del libro IV del Código Civil, con jurisprudencia*. La Prensa Católica. Quito, 1959.

Caballero Sierra, Gaspar. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Editorial Temis. Bogotá, 1985.

Canasi, José. *Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1981. 4 tomos.

Capek, Karel. La Empresa del Estado en Checoslovakia. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Carbo, Pedro. *Obras.* Colección Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1983.

Carnelutti, F. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.

Carré de Malberg, R. *Contribution a la Théorie Générale de l'État.* Sirey, París, 1920 (Reimpresión del CNRS. París, 1962).

Cassagne, Juan Carlos (Director). *Derecho Administrativo*. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *El Acto Administrativo*. Abeledo Perrot. Segunda edición. Buenos Aires, 1978.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *El Contrato Administrativo*. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo*. Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2004. 2 tomos.

Cassagne, Juan Carlos y Gaspar Ariño Ortiz. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.

Cassirer, Ernst. *El Mito del Estado*. (Séptima reimpresión). Fondo de Cultura Económica. México, 1968.

Chaves, Ángel Polibio. *Reforma Constitucional. ¿más gobernabilidad?*. FESO. Quito, 1998.

Cibotti, Ricardo y Sierra, Enrique. *El Sector Público en la Planificación del Desarrollo*. Siglo XXI, Editores. México, 1973.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979. 6 tomos.

Clavero Arévalo, Manuel. *Estudios de Derecho Administrativo.* Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Civitas. Madrid, 1992.

Closets, François de. *Le Pari de la Responsabilité. Rapport de la Commission Efficacité de l'État*. La Documentation Française. París, 1989.

Comadira, Julio R. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo*. Otros Estudios. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003.

\_\_\_\_\_\_. “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”. En: Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD). *Agenda 21*. Río de Janeiro, 1992.

Cohen-Tanugi, Laurent. *La Metamorphose de la démocratie française. De l’Etat jacobin à l’Etat de droit*. Gallimard. parís, 1993.

Córdova Guerrón, Eduardo. *Derecho Administrativo.* Poligrafiados PUCE. Quito,1965.

Coronel, César y Campaña Joffre. 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.

Coronel Jones, César. Centralización y descentralización. El caso de Guayaquil. En: *Descentralización y Gobiernos Municipales.* Cordes. Quito, 1993.

Cotino, Gastone. Participación Pública en la Empresa Privada e Interés Social. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma. Buenos Aires, 1966.

*\_\_\_\_\_\_. Los Mandamientos del Abogado*.(1949). Depalma. Buenos Aires, 1994.

Crossman, R. H. *Biografía del Estado Moderno* (Segunda reimpresión). Fondo de Cultura Económica. México, 1992.

Cueva, Agustín. El Ecuador de 1925 a 1960. En: *Nueva Historia del Ecuador.* Corporación Editora Nacional-Grijalvo. Quito, 1983.

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.

De Castro y Bravo, Federico. *El Negocio Jurídico (1971).* Civitas. Madrid, 1997.

De la Cueva, Mario. *La Idea del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

Del Sordo, Atilio. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. Instituto Poligrafico dello Stato. Roma, 1971.

Destruge, Camilo. (D’Amecourt). Historia de la Revolución de Octubre y Campaña Libertadora de 1820-1822. Guayaquil, 1920.

Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1972-1976. 6 tomos.

Diéz-Picazo y Gullón. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I/1. Introducción. Parte general. Derecho de la persona. Tecnos. Madrid, 2000.

D'Ors, Álvaro. *Ensayos de Teoría Política*. EUNSA. Pamplona, 1979.

\_\_\_\_\_\_. *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona, 1981.

Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Astrea. Buenos Aires, Tomo 1 (1980), Tomo 2 (1979).

\_\_\_\_\_\_. Panorama de la Empresa Pública en Latino América. En: *El Derecho Administrativo en Sud América*. Curso Internacional.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *El Procedimiento Administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1985.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Reforma del Estado y Privatizaciones*. Astrea. Buenos Aires, 1991. 3 tomos.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *La Licitación Pública*. Astrea. Buenos Aires, 1985.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Licitación Pública.* 2ª edición actualizada. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_\_\_\_ y Eduardo Menem. *La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y concordada*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1994.

Drucker, Peter F. *Management: Tasks, Responsabilities, Practices*. Harper & Row. Nueva York, 1974.

Duguit, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Fontemoing & Cie, Editeurs. París, 1928. Reimpresión. 5 tomos.

\_\_\_\_\_\_\_. *Las Transformaciones del Derecho público y privado*. Heliasta. Buenos Aires, 1975.

Duncker Biggs, F. *Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1967.

Dupichot. J*. Derecho de las Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

Duverger, Maurice. *Eléments de Droit Publique (1957).* PUF. París, 1970.

\_\_\_\_\_\_. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. PUF. París, 1966.

Engels, Friedrich. *Historia de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*. Editorial Claridad. Buenos Aires, s/f.

Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, V. 1 (2003), V. 2 (1988).

Escola, Jorge Héctor. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1981.

\_\_\_\_\_\_. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Depalma. Buenos Aires, 1977.

\_\_\_\_\_\_. *Compendio de Derecho Administrativo. Depalma*, 1984. 2 tomos.

Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1838.

Espinoza S., Arsenio. *Curso de Derecho Administrativo.* 2° año de Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1932.

Espinoza, Galo. *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*. Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Quito, 1992.

Estados Unidos de América. *Administrative Procedure Act. A. Internal Procedures*. 5 U.S.C.A. Chapter 5. § 552. Public Information; Agency Rules, Opinions, Orders, Records, and Proceeding [Freedom of Information Act].

Falconí, Guillermo. Representante. Asamblea Nacional Constituyente*. Acta 76* del 5 de mayo de 1998.

Faya Viesca, Jacinto. *Administración Pública Federal*. Editorial Porrúa. México, 1979.

Fernández de Velasco, Recaredo. *El Acto Administrativo.* Revista de Derecho Privado. Madrid, 1929.

Ferrando Badía, Juan Fernando. *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonómico*. Tecnos. Madrid, 1986.

Ferrara, Francisco*. Empresarios y Sociedades*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

Ferro, Héctor Raúl. *Expropiación de Empresas y Fondos de Comercio*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977.

Fiorini, Bartolomé A. *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976.

Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Editorial Porrua. México, 1969.

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.

Gailbrath, J. K. *The New Industrial State*. The New American Library. New York, 1968.

Galgano, Francesco. Estructura Técnico Jurídica del Concepto de Empresario Público. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Gándara Enríquez, Marcos. *Discurso Introductorio y Actas del Primer Congreso Constituyente del Ecuador*. Año de 1830. Centro de Estudios Históricos del Ejército. s/f.

García de Enterría, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Tecnos. Madrid, 1981.

\_\_\_\_\_\_\_\_. y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas. Madrid, 2004. 2 Tomos.

García Feraud, Galo. *Cuestiones Jurídicas.* Edino. Guayaquil, 2005.

García Trevijano-Fos, José Antonio. Concepción Unitaria del Sector Público. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Los Actos Administrativos.* Civitas. Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971. 3 tomos.

Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, Volumen 1 (1994), Volumen 2 (1992), Volumen 3 (2001).

Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrua. México, 1979. 2 tomos.

Garrigues Walker, Antonio. *Estudio práctico sobre la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas.* Asociación para el progreso de la Dirección. Sin fecha.

Giannini, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Volume primo. Terza edicione. Giuffrè Editore. Milán, 1993. 2 tomos.

Gierke, Otto Von*. Political Theories of the Midle Age*. Beacon Press. Boston, 1958.

Gómez Iturralde, José Antonio. *Los Periódicos Guayaquileños en la Historia.* Colección Guayaquil. Tomo III 1921-1997. Guayaquil, 1998.

González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955. 2 tomos.

\_\_\_\_\_\_. y Francisco González Navarro. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Civitas. Madrid, 1993.

Gordillo, Agustín A. (Director). *El Contrato Administrativo en la Actualidad.* Suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Talleres Gráficos de La Ley. Buenos Aires, 2004.

\_\_\_\_\_\_. Los Contratos Administrativos, en: *Contratos Administrativos*. Astrea. Buenos Aires, 1982.

\_\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2004.

\_\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Administrativo*. La defensa del usuario y del administrado. Diké. Medellín, 1998.

\_\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Administrativo*. Macchi. Buenos Aires, 1986. Tomo 1 y 2 (1986), Tomo 3 (1987), Tomo 4.1 y 4.2 (1988).

Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de Derecho Administrativo.* Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 1997.

Greffe, Xavier. *La Décentralisation*. La Decouverte. París, 1992.

Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo. *Inventario de Cuerpos Colegiados*. Quito, 1977.

\_\_\_\_\_\_. *10 Problemas Básicos de la Administración Ecuatoriana*. Quito, 1979.

Guaita, Aurelio. *Derecho Administrativo*. Aguas, Montes, Minas. Editorial Civitas. Madrid, 1986.

Gutiérrez A. Faustino. *Diccionario del Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1948.

Habermas, Jürgen. *Crisis de Legitimación en el Capitalismo Tardío (1973)*. Amorrurtu. Buenos Aires, 1998 (sexta reimpresión).

\_\_\_\_\_\_. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (1992). The MIT press. Cambridge, 1998.

\_\_\_\_\_\_. *La Inclusión del Otro*. Estudios de Teoría Política. Paidós. Barcelona, 1999.

Haring, C. H. *The Spanish Empire in America*. (Reprinted with corrections and new bibliography, 1952). Harcourt, Brace & World, Inc. Nueva York, 1963.

Hart, H. L. A. *El Concepto de Derecho.* Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995. *The Concept of Law.* Segunda edición (1994). Clarendon Press. Oxford, 1997.

Heredia S., Iván. *El Consorcio CEPE-Texaco* *(*Tesis de Grado Doctoral). Universidad Central del Ecuador. Quito, 1982.

Hernández, Miguel. *Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Edino. Guayaquil, 2004.

Hervada, Javier. *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*. Parte especial*.* Cuarta edición. (Lección Tercera. Los actos jurídicos de la autonomía privada). EUNSA. Pamplona, 1998.

Henn, Harry G. *Corporations*. West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1970.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12a edición (Sirey, 1933). Reedición Dalloz. Presentada por Pierre Devolvé y Franck Moderne. Paris, 2002.

Hyppolite, Jean. Nota introductoria en *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (Reimpresión de la edición de 1940). Gallimard. París, 1995.

Idrobo Arciniega, Marco. *La Contratación Pública.* Talleres Gráficos Abya-Yala, 1992.

Italia, Vittorio y Mario Bassani. *Procedimento Amministrativo e Dirito di Accesso ai Documenti*. Giuffrè Editore. Milán, 1991.

Jaguaribe, Helio. *Sociedad, Cambio y Sistema Político*. Editorial Paidos. Buenos Aires, 1972.

Jaramillo Alvarado, Pío. *Derecho Público Interno.* Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1953.

Jaramillo Ordoñez, Herman. *Manual de Derecho Administrativo.* Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Loja, 1999.

Jordana de Pozas. *Intermunicipalismo, Mancomunidades y Asociaciones de Municipios.* Estudios de Administración Local y General. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1961.

Jouvenel, Bertrand de. *Los Orígenes del Estado Moderno*. Editorial Magisterio Español S.A. Madrid, 1977.

Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires,1981.

Jèze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, Tomo I (1948), Tomo IV (1950).

Kaplan, Marcos. *Corporaciones Públicas Multinacionales para el Desarrollo y la Integración de la América Latina*. Fondo de Cultura Económica. México, 1974.

Kelsen, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. Editorial Porrúa. México, 1987.

\_\_\_\_\_\_. *Teoría Pura del Derecho* (Primera edición). Eudeba, Buenos Aires, 1963.

\_\_\_\_\_\_. *Teoría Pura del Derecho*.(Segunda edición). Traducción de Roberto J. Vernengo. Porrúa. México, 1997.

Kernig, C.D. *Marxismo y Democracia.* Ediciones Rioduero. Madrid, 1975. 2 tomos.

La Pérgola, Antonio. La Técnica Constitucional de la Autonomía. Aspectos de Derecho Comparado. En: Juan José González Encinar (compilador). *Autonomía y Partidos Políticos.* Tecnos. Madrid, 1984.

Larrea Holguín, Juan I. *Derecho Civil del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1964. Tomo I.

\_\_\_\_\_\_\_. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1981.

\_\_\_\_\_\_\_. *Derecho Eclesiástico Ecuatoriano*. Ibarra, 3a. Edición, actualizada. Quito, 1999.

\_\_\_\_\_\_\_. El espíritu jurídico de la República (de 1895 a nuestros días). En: *Historia del Ecuador.* Salvat. Quito, 1982.

\_\_\_\_\_\_\_. La Constitución de 1830 y su Influencia en la Formación de la Nacionalidad. En *Indice de la Legislación Ecuatoriana. 1822-1985.* Corporación de Estudios y Publicaciones. s/f.

\_\_\_\_\_\_\_. *La Nueva Estructura Constitucional Ecuatoriana*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1969.

\_\_\_\_\_\_\_. La Primera Constitución Liberal, de 1897, en: *Religión y Derecho.* División Editorial Poligráfica. Guayaquil, 1998.

\_\_\_\_\_\_\_. Las Constituciones Garcianas de 1861 y 1869*.* En: *Religión y Derecho.* Poligráfica. Guayaquil, 1998.

Larrea Holguín, Juan y Efraín Pérez. *Repertorio de Jurisprudencia.* 1984-85. T. XXIX. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1989.

Larrea Stacey, Eduardo. *Pensamiento Monetario y Financiero.* Banco Central-Corporación Editora Nacional. Quito, 1986.

Laski, Harold J. *El Estado Moderno*. Librería Bosch. Barcelona, 1932. T. II.

Laubadère, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

\_\_\_\_\_\_ ; Frank Moderne y Pierre Devolvé. *Traité de Contrats Administratifs*. LGDJ. París, 1983. 2 tomos.

\_\_\_\_\_\_\_ ; J. C. Venezia; Yves Gaudemet. *Traité de Droit Administratif*. Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ). París, 1992. Tomo 1 (12ª ed.), Tomo 2 (9ª ed.).

Laurent, F. *Principles de Droit Civil Français*. B. y Cie. París, 1893.

Leguina Villa, Jesús. *Escritos sobre Autonomías Territoriales*.(2da. edición). Tecnos. Madrid, 1995.

Lenín, V. I. *El Imperialismo, Fase Superior del Capitalismo*. (1917). Grijalbo. México, 1975.

*\_\_\_\_\_\_*. *El Desarrollo de la Industria Pesada y la Electrificación del País.* (Recopilación de artículos del autor, publicados entre 1920 y 1922). Editorial Progreso. Moscú, 1978.

León, Jorge. La Descentralización y el Sistema Político. En: Francisco Muñoz (Editor). *Descentralización.* Tramasocial. Quito, 1999.

Lessona, Silvio. Líneas Generales sobre la Empresa Pública. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Lira Urquieta, Pedro. Introducción y notas. En: *Código Civil de la República de Chile.* Texto concordado con los distintos proyectos de Bello. La Casa de Bello. Caracas, 1981.

Litvack, Jenine y Jessica Seddon (Editores). *Decentralization Briefing Notes*. WBI Working Papers. Banco Mundial, en colaboración con PREM network. Washington, 1999.

Locke, John. *Two Treatises of Government*. The New American Library. New York, 1965.

López Calvo, José. *Organización y Funcionamiento del Gobierno*. Madrid, 1996.

Lovato, Juan Isaac. *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1962. 8 tomos.

Long, M; Weil, P.; Braibant, G. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. Sirey. París, 1984.

Lozano Véliz, Melva. Autonomías o Descentralización. En: Melva Lozano Véliz, Xavier Arosemena Camacho , Ernesto Arroba, Olmedo Farfán, Fidel Márquez y Victor 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.

Mairal, Héctor A. La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas. En: Agustín Gordillo (Director). *El Contrato Administrativo en la Actualidad.* Suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Talleres Gráficos de La Ley. Buenos Aires, 2004.

\_\_\_\_\_\_. *Control Judicial de la Administración Pública*. Depalma. Buenos Aires, 1984. 2 tomos.

\_\_\_\_\_\_. 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.

Manzanedo, J.A; J. Hernando; E. Gómez Reino. *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1970.

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. 6 tomos.

Martín Mateo, Ramón; y Francisco Sosa Wagner. *Derecho Administrativo Económico*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1977.

\_\_\_\_\_\_. *Manual de derecho administrativo.* Trivium. Madrid, 1999.

Marx, Karl. *Capital*. Vol. I. Con una introducción de Ernest Mandel. Vintage Books. Nueva York, 1976.

Mata Espinel, Humberto. Proyecto de autonomías provinciales ecuatorianas, en: Francisco Muñoz J. (Compilador). *Descentralización*. Tramasocial. Quito, 1999.

Matovelle, José Julio María. Principios Generales de Ciencia Administrativa. En: *Obras Completas*. (Edición de Juan Chacón Zh.). Cuenca, 1980.

Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Depalma. 1982.

Mazeaud, Henri y Léon; Mazeaud, Jean. *Leçons de Droit Civil.* Éditions Montchrestien. Sexta edición. París, 1981. 9 volúmenes.

Meilán Gil, José Luis. Cuestiones Institucionales de la Empresa Pública España. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

\_\_\_\_\_. *La Ordenación Jurídica de las Autonomías*. Tecnos. Madrid, 1988.

\_\_\_\_\_. El dominio público natural: una equívoca categoría jurídica. En: Juan Carlos cassagne (Director). *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

Menéndez Pidal, Ramón. *Manual de Gramática Histórica Española*. Espasa-Calpe. Madrid, 1973.

Moderne, Franck. Concepto de servicio público frente a la Unión Europea. En: Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

Moderne, Franck y Devolvé, Pierre. Las Transformaciones Contemporáneas del Contrato Administrativo en el Derecho Francés. En *“Revista de Derecho Administrativo”,* Nos. 7-8. Depalma. Buenos Aires, 1991.

Moliner, María. *Diccionario del Uso del Español.* Gredos. Madrid, 1990.

Moncayo, Jaime. *Situación Socio-Económica y Financiera de los Municipios del Ecuador*. BEDE. Quito, 1986.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de. *De l'Esprit des Lois (1748).* Gallimard. París, 1995.

Morales Tobar, Marco. El Acto Administrativo. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia.* Konrad Adenauer Stiftung-Tribunal Constitucional. Quito, 1999.

Morand-Deviller. Jacqueline. *Cours de Droit Administratif de Biens.* Montchrestien. París, 2001.

\_\_\_\_\_. *Cours de Droit Administratif.* Montchrestien. Octava edición. París, 2003.

\_\_\_\_\_. *Droit de l’Urbanisme*. Dalloz. París, 2003.

Moreno. Oscar. *Contratos Administrativos (legislación y jurisprudencia).* Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1978.

Muñoz, Francisco (Editor). *Descentralización.* Tramasocial. Quito, 1999.

Muñoz Machado, Santiago. *Servicio Público y Mercado. I. Los Fundamentos*. Civitas. Madrid, 1998.

Naisbitt, John. Megatrends, *Ten New Directions Transforming our Lives*. Warner Books. Nueva York, 1984.

Noboa, Aurelio. Ley de Régimen Político, 10 de junio de 1843. *Recopilación de leyes del Ecuador. Interior, desde 1821 hasta 1846.* Imprenta de A. Noboa. Guayaquil, 1901.

Novoa, Eduardo. La Evolución del Derecho de Propiedad ante los Actuales Textos Constitucionales Latinoamericanos. En *Estudios de Derecho Económico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1977.

Ojeda Segovia, Lautaro. *La Descentralización en el Ecuador*. Descentralización, Autonomías, Regionalización, Federalismo. CEPLAES. Quito, 2000.

Oramas Gross, Alfonso. *La Playa de Mar.* Edino. Guayaquil. 2000.

Oslack, O. Capitalismo de Estado: forma acabada o transición?. En: *Gobierno y Empresas Públicas en América Latina*. Ediciones SIAP. Buenos Aires, 1978.

Ottaviano, Vitorio. Sometimiento de la Empresa Pública al Derecho Privado. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1970.

Paladines, Carlos. *Sentido y trayectoria del pensamiento ecuatoriano.* Biblioteca de la Revista Cultura II. Banco Central del Ecuador. Quito, 1990.

Palazzo, José Luis; Domingo Juan Sesín y Victor Armando Rolón Lembeye. *La Transformación del Estado. Tendencias Actuales. Innovaciones en el derecho italiano y europeo.* Depalma. Buenos Aires, 1992.

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.

Parducci Sciacaluga, Nicolás (Director). *Homenaje a Monseñor Juan Larrea Holguín.* Edino. Guayaquil, 2000.

Pareja Diezcanseco, Alfredo. Los gobiernos de la plutocracia y las nuevas ideas. En: *Historia del Ecuador.* V. 7.Salvat. Quito, 1982.

Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo.* Ariel. Barcelona, 2003.

Pérez, Efraín. *Digesto de la Contratación Pública*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1984.

\_\_\_\_\_. *Evaluación de la Normativa Jurídica Ambiental Aplicable al Municipio de Guayaquil*. Novotecni-Estade-Proyecto PATRA-Banco Mundial. Quito, 1999.

\_\_\_\_\_. *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y la Constitución*. Ediciones Estade. Quito, 2000.

\_\_\_\_\_. *Gestión Pública Ambiental.* Unama-BID-CONADE. Quito, 1997.

\_\_\_\_\_. *Las descentralizaciones y las autonomías*. CEP. Quito, 2001.

Phelan, John Leddy. *El Reino de Quito en el siglo XVII.* Banco Central del Ecuador. Quito, 1995.

Picard, Etienne. *Droit administratif.* La Semaine Juridique. I. Doctrine (1992). París, 1992.

Posada, Adolfo. *Tratado de Derecho Administrativo.* Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1897.

Pothier, R.J. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1978.

Puig Vilazar, Carlos. *Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano*. Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1967. 6 tomos.

Rawls, John. *Liberalismo Político (1993).* Fondo de Cultura Económica. Bogotá, 1996.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española* de la. Vigésima segunda edición. Espasa-Calpe. Madrid, 2001.

Real, Byron. *Descentralización y Participación Social.* INEFÁN-GTZ. Abya-Yala. Quito, 1999.

Reich, Norbert. *Mercado y Derecho*. Ariel Derecho. Barcelona, 1985.

Rivero, Jean y Jean Waline. *Droit Administratif.* Précis Dalloz. 14ª edición. Paris, 1992.

República de Italia. Ley 241. *Procedimento Amministrativo e Diritto di Accesso ai Documenti*.

Riofrío Villagómez, Eduardo. *La Participación de las Provincias en las Finanzas Públicas del Estado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1955.

Roca Juan, Juan. *De las Servidumbres.* Nereo. Barcelona, 1961.

Rodríguez, Joaquín. *Tratado de las Sociedades Mercantiles*. Editorial Porrua. México, 1965. 2 tomos.

\_\_\_\_\_. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrua S.A. México, 1967. 2 tomos.

Rodríguez, Nemesio. Artículo Expropiación forzosa, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Barcelona, 1982.

Rousseau, Jean-Jacques. *Du Contrat Social ou Principles du Droit Politique*. Bibliothèque Bordas. París, 1972.

Roux- Lanier, Catherine y otros. *Le Temps des Philosophes.* Hatier. París, 1995.

Salinas, Alberto. *La Reforma Administrativa*. Fondo de Cultura Económica. México, 1975.

Sánchez, Luis Alberto. José Joaquín de Olmedo, en *Escritores Representativos de América. Primera Serie* (3a. edición). Gredos. Madrid, 1971.

Sánchez Morón, Miguel. Los bienes públicos en general. En: Miguel Sánchez-Morón. *Los Bienes Públicos. Régimen Jurídico.* Tecnos. Madrid, 1997.

Sandulli, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Jovene Editore. Nápoles, 1989. 2 tomos.

Santa María de Paredes, Vicente. *Curso de Derecho Administrativo*. Quinta Edición. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso (Editor). *Derecho Administrativo. Normas básicas.* McGraw-Hill. Madrid. 1995.

Saraceno, Pasquale. El Fin de Beneficio en las Empresas Públicas de Producción. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Sarmiento, Germán. *Las Acciones Populares en el Derecho Privado Colombiano*. Banco de la República. Bogotá, 1988.

Sarria, Consuelo. La Empresa Pública y su Clasificación en Colombia. En: *El Derecho Administrativo en Latino América*.

Secaira Durango, Patricio A. *Curso breve de Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria. Quito, 2004.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz. Nacionalización. En: Kernig, C.D. (Director). *Marxismo y Democracia. Enciclopedia de conceptos básicos. Derecho 2*. Ediciones Rioduero. Madrid, 1975.

Seix, F. (Editor) *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona. Tomo I (1985), Tomo IX (1982). 20 tomos.

Senda. *Catastro de Empresas Estatales*. Quito, 1990.

Servant-Schreiber, Jean-Jacques. *El Poder Regional*. Editorial Dopesa. Barcelona, 1971.

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.

Silva Bascuñán, Alejandro. *Derecho Político. Ensayo de una síntesis*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980.

Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Tomo I (1962), Tomo II (1961).

Silva Muñoz, Federico. La Propiedad de la Empresa Pública. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Sirvent, José. El Instituto Nacional de Industria. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Soriano García, José Eugenio. *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo.* Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1993.

Stassinopoulos, Michel D. *Traite des Actes Administratifs.* Institut Français d’Athènes, 1954.

Stein, Ekkehart. *Derecho Político*. Aguilar. Madrid, 1973.

Sundstrom, Zacharias. La Corporación Pública Internacional. En: Marcos Kaplan. *Corporaciones Públicas Multinacionales para el Desarrollo y la Integración de la América Latina*. Fondo de Cultura Económica. México, 1974.

Sweeney, J.M., Oliver, C.T. y Leech, N.E. *The International Legal System*. The Foundation Press. Nueva York, 1981.

Tafur, Alvaro. *Las Entidades Descentralizadas*. Editorial Temis. Bogotá, 1977.

Terré, François, Philippe Simler, Ives Laquette. *Droit Civil. Les Obligations.* 5ª edición. Dalloz. París, 1993.

Tinajero Villamar, Francisco. *Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*. Quito.

Tinajero, Pablo. *La Acción de Lesividad.* (Tesis de Grado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1998

Tobar Donoso, Julio. *Elementos de Ciencia Política*. La Prensa Católica. Quito, 1958.

Tobar Donoso, Julio y Juan Larrea Holguín. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Cuarta edición actualizada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1996.

Tobar Ribadeneira, Luis. *Las Personas Jurídicas en el Ecuador*. Pensamiento Católico. Quito, 1955.

Torres Zuleta, Gonzalo. *La Potestad Reglamentaria del Jefe del Estado.* Editorial Temis. Bogotá, 1979.

Trujillo, Julio César. Representante, Asamblea Nacional Constituyente. *Acta N° 76, del 5 de mayo de 1998*.

UICN-PNUMA-WWF. *Caring for the Earth*. Una Estrategia para la Vida Sustentable. 1991.

Valero Agundez Urbano. *La Fundación como Forma de Empresa*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1969.

\_\_\_\_\_\_. La Fundación como Forma Jurídica para Empresarios del Sector Público. En: *La Empresa Pública*. T. I. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Vessillier, Elisabeth. *Economía del Sector Público*. Ariel. Barcelona, 1983.

Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980.

\_\_\_\_\_\_ y Pierre Devolvé. *Droit Administratif*. 12ª edición actualizada. Presses Universitaires de France. París, 1992. 2 tomos.

\_\_\_\_\_\_. Les Bases Constitutionnelles du Droit Administratif*.* Publicado en la recopilación: *La Pensée de Charles Eisenmann.* Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 1986.

Venezia, J. C. Las Empresas Públicas en Francia. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1970.

Vicuña Izquierdo, Leonardo. *La Planificación en el Ecuador.* Corporación Editora Nacional.

Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo.* Editorial Temis. Bogotá, 1972.

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.

Villegas, A. Walter. *Régimen Jurídico de la Expropiación*. Depalma. Buenos Aires, 1973.

Villagra Maffiodo, Salvador. *Principios de Derecho Administrativo*. El Foro. Asunción, 1983.

Wade, H. W. R. & C. F. Forsyth. *Administrative Law.* Oxford University Press. Londres, 2000.

Wach, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil* (1885). EJEA. Buenos Aires, 1977.

Weber, Max. Bureaucracy. En: *From Max Weber.* Traducido al inglés, editado y con una introducción de: H. H. Gerth y C. Wright Mills. Oxford University Press. New York, 1958. Reimpresión de 1979.

\_\_\_\_\_\_. 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. New York, 1958. Reimpresión de 1979.

Zanobini, Guido. *Corso de Diritto Amministrativo.* Giuffrè Editore. Milán, 1958. Volumen primero.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional.* Edino. Guayaquil, 1999. Tomo I.

\_\_\_\_\_\_. *Introducción al Derecho Administrativo*. Edino. Guayaquil, 2003.

\_\_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo.* Edino. Guayaquil, 2005.

**Referencias Legales**

*Ley sobre organización y régimen político y económico de los departamentos y provincias*. Colección de las Leyes dadas por el Congreso Constitucional de la República de Colombia en las sesiones de los años 1825 i 1826. 11 de marzo de 1830. Imp. de P. Cubides. Bogotá, s/f.

*Primer Registro Auténtico Nacional. Tomo 1°. Separando provisionalmente el Ministerio de hacienda del interior i relaciones esteriores.*

*Ley de Régimen Político de los Departamentos*. Primer Registro Auténtico Nacional. Tomo 1°. 28 de septiembre de 1830.

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

*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.

*Ley reformatoria de la Ley de Régimen Administrativa Interior*, 20 de octubre de 1900. RO N° 1247. Decretos y Leyes sancionados en el año 1900. Publicación anual del Archivo del Poder Legislativo. Imprenta Nacional. Quito, 1901.

*Ley que establece la Centralización de Rentas*. RO N° 805, 7 de noviembre de 1908.

DL. *Ley sobre Centralización de Rentas*. RO N° 57, 10 de noviembre de 1924. Anuario de la Legislación Ecuatoriana. 1924. Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo. Quito, 1925.

DL. *Rentas para la Junta de Saneamiento de Guayaquil*. RO N° 60, 13 de noviembre de 1924. Anuario de la Legislación Ecuatoriana. 1924. Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo. Quito, 1925.

DS. *Ley sobre fundación de un Banco Central*. RO N° 78, 14 de octubre de 1925. Colección de leyes, decretos, acuerdos y resoluciones de la Junta de Gobierno Provisional. T. 1°. 1925. Quito, 1926.

*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.

DLE. N° 538. *Ley Orgánica del Presupuesto*. RO N° 769, 21 de marzo de 1951.

*Constitución y Leyes de la República*. SRO N° 1202, 20 de agosto de 1960.

*Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*. RO N° 337, 16 de mayo de 1977.

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

*Ley de Hidrocarburos*. RO N° 711, 15 de noviembre de 1978.

L. 122. *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público*. SRO N° 453, 17 de marzo de 1983.

*Reglamento de Bienes del Sector Público*. RO Nº 258, 27 de agosto de 1985.

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 N° 410, 7 de abril de 1986.

DE. 903. *Reglamento a la Ley de Consultoría*. RO Nº 278, 19 de septiembre de 1989.

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 N° 441, 21 de mayo de 1990.

*Ley de Defensa del Consumidor*. RO N° 520, 12 de septiembre de 1990.

*Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor*. RO N° 625, 19 de febrero de 1991.

L. 126. *Ley de Minería*. SRO N° 695, 31 de mayo de 1991.

L. 139. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*XE "Ley Orgánica de la Función Legislativa" . SRO N° 862, 28 de enero de 1992.

L. 184. *Ley Especial de Telecomunicaciones*. RO N° 996, 10 de agosto de 1992.

*Ley Reformatoria al Código del Trabajo*. RO N° 817, 21 de noviembre de 1992.

L. 18. *Ley de Presupuestos del Sector Público*. SRO N° 76, 30 de noviembre de 1992.

*Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*. RO N° 203, 3 de junio de 1993.

*Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos*. RO N° 326, 29 de noviembre de 1993.

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

DE. 1634. *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Segundo SRO N° 411, 31 de marzo de 1994.

DE. 2224. *Organización del Régimen Institucional de Aguas*. SRO N° 558, 28 de octubre de 1994.

DE. 2328. *Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado*. SRO N° 581, 2 de diciembre de 1994.

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

L. 129. *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa*. SRO N° 995, 24 de julio de 1996.

*Ley de Régimen del Sector Eléctrico*. SRO N° 43, 10 de octubre de 1996.

*Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*. RO N°2, 13 de febrero de 1997.

*Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los gobiernos Seccionales*. RO N° 27, 20 de marzo de 1997.

*Ley de Control Constitucional*. RO N° 99, 2 de julio de 1997.

L. 27. *Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social*. RO N° 169, 8 de octubre de 1997.

L. 67. *Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos*. RO N° 278, 18 de Marzo de 1998.

*Catastro de las Entidades y Organismos del Sector Público Ecuatoriano, actualizado al 31 de diciembre de 1997*. SRO N° 322, 21 de Mayo de 1998.

L. 114. *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa*. SRO N° 373, 31 de julio de 1998.

*Codificación a la Ley de Desarrollo Agrario*. RO N° 55, 30 de abril de 1999.

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

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

DL-2001-1. *Ley de Modernización*. RO N° 144, 18 de agosto de 2000.

Cod. s/n. *Ley de Contratación Pública*. RO N° 272, 22 de febrero de 2001.

*Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. L. 2002 73. SRO N° 595, 12 de junio de 2002.

DE. 2822. *Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública*. SRO N° 622, 19 de julio de 2002.

DE. 3179. *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública*. RO N° 686, 18 de octubre de 2002.

*Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. RO N° 119, 7 de julio de 2003.

Cod. 2004-015. *Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. RO Nº 312, 13 de Abril de 2004.

L. 2004-05. *Ley Constitutiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias (INIAP)*. SRO N° 315, 16 de Abril de 2004.

L. 2004-17*. Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*. SRO Nº 418, 10 de septiembre de 2004.

L. 2004-027. *Codificación de la Ley de Patrimonio Cultural*. SRO 465, 19 de Noviembre de 2004.

*Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*. RO Nº 7, 29 de abril de 2005.

Cod. 2005-008. *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*. RO Nº 16, 12 de mayo de 2005.

DE. 180. *Decreto sustitutivo del Decreto Ejecutivo N° 386, publicado en el RO N° 86 de 11 de diciembre de 1998, de creación del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE*. RO Nº 37, 13 de junio de 2005.

*Código Tributario*. SRO N° 38, 14 de junio de 2005.

*Código Civil*. SRO N° 46, 24 de junio de 2005.

*Código de Procedimiento Civil*. SRO RO N° 58, 12 de julio de 2005.

*Ley Orgánica de Régimen Municipal*. SRO N° 159, 5 de diciembre de 2005.

Cod. 2005-017. *Codificación del Código del Trabajo*. SRO N° 167, 16 de diciembre de 2005.

**Jurisprudencia citada**

**Tribunal de lo Contencioso Administrativo**

TCA. Boletín Nº 8. Año 1978, Quito. pp. 167-168.

Proceso N° 1025, Freire - I. Municipio de Babahoyo, Ministro de Gobierno y Procurador General del Estado. Primera Sala, 1981. Boletín Oficial del TCA. Quito, 1981. p. 58.

TCA. Boletín Oficial N° 4. 1982. p. 190.

TCA. Sentencia Jorge Arturo Morales Recalde- Contraloría General del Estado. Segunda Sala. 27 de julio de 1984.

TCA. Sentencia Drs. Raúl García Montero y Galo Medina Estrella - Contraloría General del Estado. Primera Sala. 17 de mayo de 1985.

TCA. Recurso de apelación Presidente de la República. Segunda Sala. 9 de julio de 1985.

TCA. Resolución del Tribunal en Pleno. SRO Nº 476 de 10 de julio de 1986.

TCA. Boletín Oficial N° 8. 1987. pp. 263-264.

TCA. 2a. Sala, 22 de Noviembre de 1988; juicio: Alejandro Centeno-Municipalidad de Santa Ana en Espinosa M., Galo. Diccionario de Jurisprudencia TCA. 2a. Sala, 18 de Julio de 1991; juicio: María Gangotena de Mancheno - Empresa Nacional de Productos Vitales en Espinosa M., Galo. Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. TCA. Quito, 1992. p.116.

TCA. 2a. S., 20 de julio de 1989. EMELEC-Ministro de Energía y Minas. Boletín Oficial Nº 9; y TCA. S. Única, 14 de febrero de 1969. Palacios-Ministro de Educación y Hurtado-Ministro de Finanzas. Tomado de: Espinoza, Galo. Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Publicación del TCA. Quito, 1992.

**Corte Suprema de Justicia**

**Sala de lo Contencioso Administrativo**

R. N° 1025. Primera Sala. Freire - I. Municipio de Babahoyo, Ministro de Gobierno y Procurador General del Estado. Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Quito, 1981. N° 4.

N° 73/96. Sala de lo Administrativo. Quito, 15 de abril de 1996. RO 979 de 2 de julio de 1996.

R. N° 6/96. Sala de lo Administrativo. RO 917 de 2 de abril de 1996. Hay un voto salvado. En el mismo sentido: R. N° 190/96. Sala de lo Administrativo. RO 3 de 14 de febrero de 1997. Hay un voto salvado que considera justiciable la declaratoria, pero rechaza el recurso porque éste solicitó la “anulación” del acto administrativo que, a criterio del disidente, solo puede declararse en el Recurso Objetivo o de Anulación y no en el Recurso Subjetivo o de plena jurisdicción que, a su criterio, era el que correspondía.

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.

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.

R. N° 55-04. Sala de lo Contencioso Administrativo. Quito, a 11 de febrero de 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.

**Sala de lo Civil y Mercantil**

R. No. 344-2002. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Romero Sangster, Director Ejecutivo y representante legal de la CEDEGE - Paula Tigrero Vera y otros. RO 46, 24 de marzo de 2003.

R. N° 37-2003. juicio ordinario de indemnización de daños y perjuicios. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Vintimilla de Borck - Estado Ecuatoriano, representado por el Procurador General del Estado. RO 64, 17 de abril de 2003.

R. Nº 133-2003. Muñoz Verduga - Ministro de Educación y Cultura y Directora Provincial de Manabí. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. RO 149, 18 de agosto de 2003.

**Sala Constitucional**

R. N( 9/94. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.. RO 450 de 30 de mayo de 1994.

R. 199-2000-TP. Caso 181-2000-RA (Generales Paco Moncayo Gallegos y René Yandún Pozo contra resolución del Congreso Nacional). Gaceta Constitucional. Junio de 2001. N° 2. La Acción de Amparo Constitucional. Resoluciones 2000. Quito, 2001. p. 50.

**Tribunal de Garantías Constitucionales**

Tribunal de Garantías Constitucionales. Resolución 133-96-CP. SRO 1.005 de 7 de agosto de 1996.

Tribunal de Garantías Constitucionales. 177-96-CP. 21 de octubre de 1996. RO 55 de 28 de octubre de 1996.

**Dictámenes**

PGE. Of. N° 1432 de 17-01-1980.

PGE. Of. N° 3577 de 05-06-1980.

PGE. Of. N° 9940 de 05-03-1981.

PGE. Of. N° 13620 de 25-06-1981.

PGE. Of. N° 16827 de 07-09-1981.

PGE. Of. N° 18331 de 14-10-1981

PGE. Of. N° 20369 de 23-11-1981.

PGE. Of. N° 28566 de 23-06-1982.

PGE. Of. N° 2571 de 27-09-1985.

PGE. Of. N° 8679 de 15-05-1986.

PGE. Of. N° 16934 de 10-03-1987.

PGE. Of. N° 2241 de 22-10-1987.

PGE. Of. N° 29537 de 17-08-1988. Boletín Jurídico. Segunda Época. Quito, 1989.

PGE. Of. N° 09063, Boletín Jurídico No. 2 Quito, 1990.

PGE. Of. N°900094 de 09-01-1990.

PGE. Of. N° 11952 de 12-08-1991. Boletín Jurídico N 4. 1992. p. 71.

PGE. Of. N° 12763 de 24-09-1991. Boletín Jurídico N 4. Quito, 1992. p.80.

PGE. Of. N° 20194 de 25-10-1992. Boletín Jurídico N° 5. Agosto 1993. pp. 56-57.

PGE. Of. N° 26041, Boletín Jurídico No. 4 Quito, 1992.

PGE. Of. N° 10774 de 14-03-1994. Boletín Jurídico N°7, 1997.

PGE. Of. N° 11296 de 04-04-1994. Boletín Jurídico N°7, 1996.

PGE. Of. N° 12191 de 09-05-1994. Boletín Jurídico N°7, 1996.

PGE. Of. N° 22034 de 25-08-1994.

PGE. Of. N° 16959 de 26-10-1994.

PGE. Of. N° 18204 de 12-12-1994.

PGE. Of. N° 18842 de 03-01-1995.

PGE. Of. N° 19520 de 24-01-1995.

PGE. Of. N° 20192 de 17-02-1995.

PGE. Of. N° 20681 de 06-03-1995.

PGE. Of. N° 20804 de 13-03-1995.

PGE. Of. N° 21984 de 24-04-1995.

PGE. Of. N° 22866 de 01-06-1995.

PGE. Of. N° 24279 de 21-06-1995.

PGE. Of. N° 25156 de 24-08-1995.

PGE. Of. N° 25739 de 13-09-1995.

PGE. Of. N° 26399 de 06-10-1995.

PGE. Of. N° 29864 de 07-02-1996.

PGE. Of. N° 29938 de 09-02-1996.

PGE. Of. N° 32756 de 09-05-1996.

PGE. Of. N° 36367 de 21-08-1996.

PGE. Of. N° 0273 de 03-09-1996.

PGE. Of. N° 3874 de 03-02-1997.

PGE. Of. N° 5000 de 16-02-1997.

PGE. Of. N° 0104 de 03-03-1997.

PGE. Of. N° 0273 de 11-03-1997.

PGE. Of. N° 0977 de 10-04-1997.

PGE. Of. N° 1733 de 14-05-1997.

PGE. Of. N° 2160 de 27-05-1997.

PGE. Of. N° 3116 de 07-07-1997.

PGE. Of. N° 4118 de 12-08-1997.

PGE. Of. N° 4526 de 29-08-1997.

PGE. Of. N° 5497 de 01-10-1997.

PGE. Of. N° 6142 de 23-10-1997.

PGE. Of. N° 6143 de 23-10-1997.

PGE. Of. N° 6192 de 27-10-1997.

PGE. Of. N° 8548 de 26-01-1998.

PGE. Of. N° 10981 de 12-05-1998.

PGE. Of. N° 11252 de 22-05-1998.

PGE. Of. N° 11260 de 22-05-1998.

PGE. Of. N° 11490 de 02-06-1998.

PGE. Of. N° 11516 de 02-06-1998.

PGE. Of. N° 11889 de 15-06-1998.

PGE. Of. N° 11926 de 15-06-1998.

PGE. Of. N° 25236 de 24-07-2002. RO N° 118, 4 de julio de 2003.

PGE. Of. N° 05772 de 07-01-2004. RO Nº 284, 8 de marzo de 2004.

PGE. Of. N° 05818 de 08-01-2004. RO Nº 284, 8 de marzo de 2004.

PGE. Of. N° 05895 de 13-01-2004. RO Nº 284, 8 de marzo de 2004.

PGE. Of. N° 07028 de 08-03-2004. RO N° 363, 24 de junio de 2004.

PGE. Of. N° 07687 de 30-03-2004. RO N° 363, 24 de junio de 2004.

PGE. Of. N° 07999 de 12-04-2004. RO Nº 365, 28 de junio de 2004.

PGE. Of. N° 08334 de 23-04-2004. RO Nº 365, 28 de junio de 2004.

PGE. Of. N° 09268 de 04-06-2004. RO N° 443, 15 de octubre de 2004.

PGE. Of. N° 13312 de 01-12-2004. RO Nº 522, 11 de febrero de 2005.

PGE. Of. N° 13806 de 29-12-2004. RO Nº 522, 11 de febrero de 2005.

PGE. Of. N° 15846 de 05-04-2005. RO N° 326 de junio de 2005.

PGE. Of. N° 591 de 07-04-2005. RO Nº 32, 6 de junio de 2005.

PGE. Of. N° 17706 de 01-07-2005. RO Nº 99, 8 de septiembre de 2005.

PGE. Of. N° 18206 de 18-07-2005. RO N° 99, 8 de septiembre de 2005.

PGE. Of. N° 19402 de 13-09-2005. RO Nº 163, 12 de diciembre de 2005.

PGE. Of. N° 20260 de 19-10-2005. RO N° 194, 24 de enero de 2006.

PGE. Of. N° 21023 de 30-11-2005. RO Nº 195, 25 de enero de 2006.

1. Zanobini, Guido. *Corso de Diritto Amministrativo.* Giuffrè Editore. Milán, 1958. V. cuarto. *Il Mezzi dell’Azione Administrativa.*  pp. 3-4; Sandulli, Aldo. *Manuale di Diritto Ammnistrativo.* Jovene editore. Nápoles, 1989. T.1. 2. Sección II: *I Mezzi (I Beni).* Este autor enumera los elementos personales (*agenti*) y materiales (*mezzi*) como componentes de la unidad administrativa (*ufficio).* p. 755. [↑](#footnote-ref-1)
2. Duguit, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Fontemoing & Cie Editeurs. París, 1930. T. III. pp. 320-344. “(…) es aquí que aparece la escala de la dominialidad a la que me refería líneas arriba. Según la naturaleza de la cosa, la categoría del servicio, el modo de afectación o de empleo, la dominialidad es diferente, el régimen jurídico no es el mismo, las reglas que le aplican son diversas; pero la noción de servicio público siempre está presente (…)” p. 351. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibídem.* p. 354. [↑](#footnote-ref-3)
4. Morand-Deviller, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif de Biens.* Montchrestien. París, 2001: “Duguit ha… elaborado una teoría matizada que no ha perdido nada de su pertinencia”. p. 17; Sánchez-Morón. *Ob. cit*. “…lo que suscita mayor acuerdo en nuestra doctrina es que nuestro Derecho refleja esa escala de la demanialidad de que hablaba Duguit.” p. 29. Así puede Guaita hablar de regímenes de “dominio público atenuado”. Guaita, Aurelio. *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas.* Editorial Civitas. Madrid, 1986. p. 228. [↑](#footnote-ref-4)
5. Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. T. V. p. 32. [↑](#footnote-ref-5)
6. Todas las citas son del DRAE, vigésima segunda edición. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sánchez Morón, Miguel (Director). *Los Bienes Públicos* *(Régimen Jurídico).* Tecnos. 1997. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sandulli. *Ob. cit.* p. 756. [↑](#footnote-ref-8)
9. Guaita. *Ob. cit.* pp. 26-34. [↑](#footnote-ref-9)
10. Auby, Jean Marie y Pierre Bon. *Droit Administratif des Biens*. Dalloz. París, 1993. p. 12. Morand-Deviller, en su obra sobre los bienes públicos de 2001 se refiere a “un código en preparación, que tratará del dominio de las personas públicas, será calificado de “*Código de las propiedades públicas”*, una terminología preferida a aquella de ‘bienes’ o de ‘patrimonio”. *Ob. cit.* p. 5. [↑](#footnote-ref-10)
11. Morand-Deviller. *Ob. cit.* (2001). pp. 16, 19 y 26. El énfasis es del original. [↑](#footnote-ref-11)
12. Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Plus Ultra. Buenos Aires, 1985. T. IV. p. 445. [↑](#footnote-ref-12)
13. Meilán Gil, José Luis. “El dominio público natural: una equívoca categoría jurídica”. En: Juan CArlos cassagne (Director). *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 1091. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sánchez Morón, Miguel. “Los bienes públicos en general”. En: Miguel Sánchez-Morón. *Los Bienes Públicos. Régimen Jurídico.* Tecnos. Madrid, 1997. p. 28. [↑](#footnote-ref-14)
15. Oramas Gross, Alfonso. *La Playa de mar.* Edino. Guayaquil, 2000. Especialmente Cap. VII “Titularidad y potestades sobre la playa de mar”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Marienhoff. *Ob. cit.* (1988). T. V. pp. 33-34. No obstante, insiste en llamarlo “dominio público *del Estado*”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Morand-Deviller. (2001). *Ob. cit.* p. 66. [↑](#footnote-ref-17)
18. “En el dominio público entran todas las cosas, muebles o inmuebles, que se emplean, bajo una forma u otra, para el funcionamiento de un servicio público…El dominio privado comprende todos los bienes muebles e inmuebles que no están afectados directamente al funcionamiento de un servicio público”. Duguit. *Ob. cit*. (1930).T. III. p. 351. [↑](#footnote-ref-18)
19. Martín Mateo, Ramón. *Manual de derecho administrativo.* Trivium. Madrid, 1999. p. 562. [↑](#footnote-ref-19)
20. D’Ors (1981). *Ob. cit.* pp. 179-180. [↑](#footnote-ref-20)
21. Lira Urquieta, Pedro. “Introducción y notas”. En: *Código Civil de la República de Chile. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello.* La Casa de Bello. Caracas, 1981. Obras completas XIV, Código Civil 1. Nota al “Título III De los bienes nacionales. p. 413. [↑](#footnote-ref-21)
22. Oramas. *Ob. cit.* pp. 29-30. [↑](#footnote-ref-22)
23. RO 408 del 3 abril de 1986. [↑](#footnote-ref-23)
24. Decreto Nº 1810-A. RO 434 del 13 de mayo de 1986. [↑](#footnote-ref-24)
25. L. 67. Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos. RO 278, 18 de Marzo de 1998. [↑](#footnote-ref-25)
26. L. 126. *Ley de Minería.* Suplemento RO 695 del 31 de mayo de 1991. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Ley de Aguas.* Art. 2.- Las aguas de ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes, y las subterráneas, afloradas o no, son bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible; no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación.

    No hay ni se reconoce derechos de dominio adquiridos sobre ellas y los preexistentes sólo se limitan a su uso en cuanto sea eficiente y de acuerdo con esta Ley.

    Art. 3.- Para los fines de esta Ley, declárense también bienes nacionales de uso público todas las aguas, inclusive las que se han considerado de propiedad particular. Sus usuarios continuarán gozándolas como titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad con esta Ley.

    Art. 4.- Son también bienes nacionales de uso público, el lecho y subsuelo del mar interior y territorial, de los ríos, lagos o lagunas, quebradas, esteros y otros cursos o embalses permanentes de agua. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ley que protege la Biodiversidad en el Ecuador. “Art. 1.- Se considerarán bienes nacionales de uso público, las especies que integran la diversidad biológica del país, esto es, los organismos vivos de cualquier fuente, los ecosistemas terrestres y marinos, los ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte (…)”. L. 2004-020 *Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental*. SRO Nº 418, 10 de septiembre de 2004. [↑](#footnote-ref-28)
29. Art. 1. “Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado”. [↑](#footnote-ref-29)
30. “Art. 5.- (Reformado por la Disposición General Primera de la Ley 99-37, RO 245, 30-Jul-1999).- Dominio del Estado sobre minas y yacimientos.- Pertenecen al dominio inalienable e imprescriptible del Estado todas las sustancias minerales existentes en el territorio nacional, cualesquiera sean su origen, forma y estado físico, hállense en el interior o en la superficie de la tierra, en los fondos o en las aguas marinas (…)”. [↑](#footnote-ref-30)
31. L. 2004-17. *Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*. SRO Nº 418, 10 de septiembre de 2004. [↑](#footnote-ref-31)
32. DS 3501. RO 865 del 2 de julio de 1979. [↑](#footnote-ref-32)
33. Art. 73.- La flora y fauna silvestres son de dominio del Estado (…). [↑](#footnote-ref-33)
34. Art. 1. (…) Los manglares, aun aquellos existentes en propiedades particulares, se consideran bienes del Estado y están fuera del comercio, no son susceptibles de posesión o cualquier otro medio de apropiación y solamente podrán ser explotados mediante concesión otorgada, de conformidad con esta Ley y su reglamento. [↑](#footnote-ref-34)
35. Oramas.*Ob. cit.* p. 112 y Cap. XIII “Desafectación de la playa de mar”. [↑](#footnote-ref-35)
36. Clavero Arévalo, Manuel. “La inalienabilidad del dominio público”. En: *Estudios de Derecho Administrativo.* Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla - Civitas. Madrid, 1992. p. 394. [↑](#footnote-ref-36)
37. DS 390. RO 67 del 28 de septiembre de 1963. [↑](#footnote-ref-37)
38. Borja y Borja. *Ob. cit.* T. II. pp. 55-56. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Reglamento General de Bienes del Sector Público*. A-00918. RO 258, 27 de agosto de 1985. [↑](#footnote-ref-39)
40. Art. 250 de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-40)
41. Art. 13 de la Ley de Hidrocarburos. [↑](#footnote-ref-41)
42. Art. 16 de la *Ley de Hidrocarburos*, según la reforma de L 44. *Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos*. RO 326 del 29 de noviembre de 1993. [↑](#footnote-ref-42)
43. Art. 3 de la *Ley de Hidrocarburos*. [↑](#footnote-ref-43)
44. Of. PGE N° 19520 del 24 de enero de 1995. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público. SRO 453, 17 de marzo de 1983. Art. 17. [↑](#footnote-ref-45)
46. El Art. 59 de la *Ley de Modernización* prohíbe adquirir “bienes inmuebles, muebles y enseres con el objeto de construir o adecuar clubes, sedes sociales y centros de capacitación (...)”. [↑](#footnote-ref-46)
47. A.-007-CG. Reglamento de utilización, mantenimiento, movilización, control y determinación de responsabilidades, de los vehículos del sector público y de las entidades de derecho privado que disponen de recursos públicos. RO 60, 11 de abril de 2003. Además de regulaciones presidenciales de sucesivas administraciones, contenidas en decretos ejecutivos, generalmente denominados de “austeridad”, a nivel legal se dieron normas sobre los vehículos en la L. 22. Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público. RO 453 del 17 de marzo de 1983, con varias reformas. Arts. 13 y 14. Por último, dispone la Ley de Modernización que se “deberán sacar a remate en pública subasta los vehículos (...) que no sirvieren como medio de transporte colectivo o para cumplir funciones específicas que tengan relación con proyectos. de desarrollo (...)” (Art. 60). [↑](#footnote-ref-47)
48. *Ley de Contratación Pública*. Art. 36, último inciso. Cod. s/n. RO 272, 22 de febrero de 2001. [↑](#footnote-ref-48)
49. RO Nº 163, 12 de diciembre de 2005. Of. PGE 19790 de 30-sep-2005. [↑](#footnote-ref-49)
50. Of. PGE N° 8216 del 14 de enero de 1998. Nota: El Reglamento aludido en esta consulta ha sido sustituido por el *Reglamento sustitutivo al Reglamento de Enajenación de Activos Improductivos del sector público.*  DE 2799. RO 616, 11 de julio de 2002. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Reglamento General de Bienes del Sector Público.* Arts. 35A y 35B. [↑](#footnote-ref-51)
52. Art. 4. [↑](#footnote-ref-52)
53. RO Nº 99, 8 de septiembre de 2005. Of. PGE 18206 de 18-jul-2005. [↑](#footnote-ref-53)
54. RO Nº 363, 24 de junio de 2004. Of. P.G.E. 07687 de 30-mar-2004. [↑](#footnote-ref-54)
55. Of. PGE N° 0977 del 10 de abril de 1997. [↑](#footnote-ref-55)
56. Art. 249 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-56)
57. Cf. Pérez, E. *Las descentralizaciones y las autonomías*. CEP. Quito, 2001. [↑](#footnote-ref-57)
58. Greffe, Xavier. *La décentralisation.* La Decouverte. París, 1992. pp. 6-7. [↑](#footnote-ref-58)
59. 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-59)
60. Leguina Villa, Jesús. *Escritos sobre Autonomías Territoriales* (2a. edición)*.* Tecnos. Madrid, 1995. p. 144. [↑](#footnote-ref-60)
61. “Ya mucho tiempo antes del derrumbe total de la jurisdicción del Imperio, en todas partes el poder público busca rebalsar los diques que la antigua legislación le oponía, asumiendo nuevas tareas bajo la presión de las pujantes ideas modernas. La policía, que imprime su marca al conjunto, llega a ser el instrumento sistemático para modelar la masa humana que forma su objeto y conducirla hacia un fin elevado. El fin es la fuerza y grandeza de la cosa pública”. Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán.* Traducción de *Droit administratif allemand* (1904) Depalma. Buenos Aires, 1982. T. I. p. 47 [↑](#footnote-ref-61)
62. Cf. Mayer. *Ob. cit.* [↑](#footnote-ref-62)
63. Batbie, A. *Précis de Droit Public et Administratif.* F. Pichon. París, 1885. [↑](#footnote-ref-63)
64. García de Enterría y Tomas Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo.* Thomson-Civitas. Madrid, 2004. T. II. p. 105. [↑](#footnote-ref-64)
65. Díez. *Ob. cit.* T. IV. p. 27. [↑](#footnote-ref-65)
66. Jordana de Pozas, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. En: *Estudios de Administración Local y General.* Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1961. pp. 480-481. [↑](#footnote-ref-66)
67. Martín Mateo. *Ob. cit.* pp. 459-460. [↑](#footnote-ref-67)
68. Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado.* Diké. Medellín, 1998. p. V-28. [↑](#footnote-ref-68)
69. “(…) Tout ce qui n’est pas défendu para la loi no peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordenne pas”. [↑](#footnote-ref-69)
70. Mayer. *Ob. cit.* T. II. p. 8. [↑](#footnote-ref-70)
71. Carré de Malberg, R. *Contribution a la Théorie Générale de l’État.* Sirey. Paris, 1920. T. I. p. 504. [↑](#footnote-ref-71)
72. Cassagne. *Derecho Administrativo.* Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2004. T. II.pp. 319-320. [↑](#footnote-ref-72)
73. Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo.* Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid. 2004. pp. 906-907. [↑](#footnote-ref-73)
74. Duguit, León. *Las Transformaciones del Derecho público y privado.* Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1975. pp. 27 y 37. [↑](#footnote-ref-74)
75. Duguit, León. *Traité de Droit Constitutionnel.* Fontemoing & Cie Editeurs. París, 1928. T. II. p. 59. [↑](#footnote-ref-75)
76. *Ibídem.* p. 61. [↑](#footnote-ref-76)
77. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* p. 105. [↑](#footnote-ref-77)
78. “La administración ejerce tres actividades fundamentales: fomento, policía y servicios públicos.” Díez. *Ob. cit.* T. IV. p. 27. [↑](#footnote-ref-78)
79. Dromi. *Ob. cit.* p. 908. [↑](#footnote-ref-79)
80. *Ibídem.* p. 909. [↑](#footnote-ref-80)
81. *Ibídem.* p. 910. [↑](#footnote-ref-81)
82. *Ibídem.* p. 913. [↑](#footnote-ref-82)
83. *Ibídem.* pp. 911-931 . [↑](#footnote-ref-83)
84. Gordillo. *Ob. cit.* (1998). pp. V.19 y V.15. [↑](#footnote-ref-84)
85. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 2. p. 678. [↑](#footnote-ref-85)
86. “(…) los fines que el Estado puede perseguir con su poder son amplios; no puede hoy día sostenerse que el Estado solo puede establecer limitaciones a los derechos individuales para proteger nada más que la seguridad, salubridad y moralidad de población, sino que todo objetivo de bienestar social está comprendido dentro de sus funciones y de sus fines. Pero por otro lado, se advierte también que al ampliarse de ese modo, el “poder de policía” ha perdido las supuestas características con que el pasado se lo quería conceptualizar.

    No existe hoy en día una “noción” autónoma y suficiente de “poder de policía”; no existe porque esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal.” Gordillo. *Ob. cit.* (1998). p. V.15. [↑](#footnote-ref-86)
87. Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo.* Ariel. Barcelona, 2003. p. 602. [↑](#footnote-ref-87)
88. Parejo. *Ob. cit.* p. 605. [↑](#footnote-ref-88)
89. Martín Mateo. *Ob. cit.* p. 463. [↑](#footnote-ref-89)
90. Bermejo Vera, José. “Las potestades administrativas específicas”. En: *Derecho Administrativo. Parte especial.* Civitas. Madrid, 1994. pp. 45 y 66. [↑](#footnote-ref-90)
91. Black, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary.* West Publishing. Minnesota, 1979. Voz *Police power,* p. 1041. [↑](#footnote-ref-91)
92. Morand-Deviller, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif.* Montchrestien. Paris, 2003. pp. 546 y 552. [↑](#footnote-ref-92)
93. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* pp. 679-680 y 684. [↑](#footnote-ref-93)
94. Wade, H. W. R. & C. F. Forsyth. *Administrative Law.* Oxford University Press. Londres, 2000. pp. 149-160. [↑](#footnote-ref-94)
95. Parejo. *Ob. cit.* p. 644. [↑](#footnote-ref-95)
96. Martín Mateo. *Ob. cit.* p. 463. [↑](#footnote-ref-96)
97. Cassagne. *Ob. cit*. T.II. p. 320. [↑](#footnote-ref-97)
98. García de Enterría y Fernández, atribuye a Romano esta categorización. *Ob. cit.* p. 106. [↑](#footnote-ref-98)
99. Dromi. *Ob. cit.* p. 909. [↑](#footnote-ref-99)
100. Sandulli. *Ob. cit.* p. 143. [↑](#footnote-ref-100)
101. Sandulli. *Ob. cit.* pp. 142-143, 143-144 y 145. [↑](#footnote-ref-101)
102. Díez. *Ob. cit.* p. 272. [↑](#footnote-ref-102)
103. Díez. *Ob. cit.* p. 281-282. [↑](#footnote-ref-103)
104. Marienhoff. *Ob. cit.* p. 40-41. [↑](#footnote-ref-104)
105. Dromi. *Ob. cit.* pp. 944-945. [↑](#footnote-ref-105)
106. Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tecnos. Madrid, 1992. V.II. p. 206. [↑](#footnote-ref-106)
107. Giannini, Massimo Severo. *Diritto Administrativo.* V. segundo. Giuffré editore. Milán, 1993. p. 745. [↑](#footnote-ref-107)
108. Sandulli. *Ob. cit*. p. 146. [↑](#footnote-ref-108)
109. Cassagne. *Ob. cit.* T.II. p. 334. [↑](#footnote-ref-109)
110. García De Enterría y Fernández. *Ob. cit.* p. 147. [↑](#footnote-ref-110)
111. Cassagne. *Ob. cit.* T.II. p. 338. [↑](#footnote-ref-111)
112. García De Enterría y Fernández. *Ob. cit.* p. 136. [↑](#footnote-ref-112)
113. Bielsa, Rafael. *Derecho Administativo.* La Ley. Buenos Aires, 1980. T. 4. p. 414. [↑](#footnote-ref-113)
114. García De Enterría y Fernández. *Ob. cit.* pp. 101-102. [↑](#footnote-ref-114)
115. Cassagne. *Ob. cit.* T.II. p. 331. [↑](#footnote-ref-115)
116. Morand-Deviller, Jacqueline. *Droit de l’Urbanisme.* Dalloz. París, 2003. p. 1. [↑](#footnote-ref-116)
117. Díez. *Ob. cit.* p. 277. [↑](#footnote-ref-117)
118. García de Enterría y Fernández*. Ob. cit.* p. 56. [↑](#footnote-ref-118)
119. Giannini. *Ob. cit*. p. 631. [↑](#footnote-ref-119)
120. Parejo. *Ob. cit*. p. 469. [↑](#footnote-ref-120)
121. Bielsa. *Ob. cit.* p. 376. [↑](#footnote-ref-121)
122. Bielsa. *Ob. cit.* p. 379; Marienhoff. *Ob. cit.* p. 60; Díez. *Ob. cit.* p. 275; Cassagne. *Ob. cit.* T.II. p. 333; Dromi. *Ob. cit.* p. 949 [↑](#footnote-ref-122)
123. García de Enterría y Fernández*. Ob. cit.* p. 112. [↑](#footnote-ref-123)
124. Dromi. *Ob. cit.* p. 945. [↑](#footnote-ref-124)
125. Marienhoff. *Ob. cit.* p. 60; Cassagne. *Ob. cit.* T.II. p. 462; Dromi. *Ob. cit.* p. 949 [↑](#footnote-ref-125)
126. Dromi. *Ob. cit.* pp. 945-946. [↑](#footnote-ref-126)
127. Morand-Deviller. *Ob. cit.* (2003). p. 24. [↑](#footnote-ref-127)
128. Marienhoff. *Ob. cit.* p. 75. [↑](#footnote-ref-128)
129. Roca Juan, Juan. *De las Servidumbres.* Nereo. Barcelona, 1961. p. 1. [↑](#footnote-ref-129)
130. Marienhoff. *Ob. cit.* p. 74. [↑](#footnote-ref-130)
131. Díez. *Ob. cit.* pp. 286-287. [↑](#footnote-ref-131)
132. Garrido. *Ob. cit.* p. 207-208. [↑](#footnote-ref-132)
133. Díez. *Ob. cit.* pp. 285-286. [↑](#footnote-ref-133)
134. Morand-Deviller. *Ob. cit.* (2001). p. 369. [↑](#footnote-ref-134)
135. *Ibídem.* p. 373. [↑](#footnote-ref-135)
136. Wade y Forsyth. *Ob. cit.* pp. 786-787. [↑](#footnote-ref-136)
137. Primer Rejistro Auténtico Nacional (Año de 1830). Imprenta de Gobierno, por Juan Campuzano. Quito, 1840. p. 30. [↑](#footnote-ref-137)
138. Art. 852. [↑](#footnote-ref-138)
139. Dromi. *Ob. cit.* p. 951. [↑](#footnote-ref-139)
140. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* T. II. p. 210. [↑](#footnote-ref-140)
141. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit*. T. II. pp. 210-211. [↑](#footnote-ref-141)
142. Arts. 781 al 806, del Código de Procedimiento Civil. “Art. 782.- La tramitación del juicio de expropiación sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública.” Suplemento RO 58, del 12 de julio de 2005. [↑](#footnote-ref-142)
143. Cassagne. *Ob. cit.* T. II. p. 477. [↑](#footnote-ref-143)
144. Cassagne. *Ob. cit.* T. II. p. 464. [↑](#footnote-ref-144)
145. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit*. T. II. p. 243. [↑](#footnote-ref-145)
146. *Ibídem.* p. 244 [↑](#footnote-ref-146)
147. Artículo 13, Ley de Régimen del Sector Eléctrico. [↑](#footnote-ref-147)
148. “En todos los casos, determinará para estos efectos las medidas necesarias para el reasentamiento de los propietarios de los predios afectados o compensaciones, según lo determine el Código Civil ecuatoriano;” [↑](#footnote-ref-148)
149. Art. 23 de la Constitución de la República. [↑](#footnote-ref-149)
150. Comadira, Julio Rodolfo. Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación. En: Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. pp. 484, 478. [↑](#footnote-ref-150)
151. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit*. T. II. p. 251. [↑](#footnote-ref-151)
152. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit*. T. II. p. 235. [↑](#footnote-ref-152)
153. Art. 33, *Constitución Política de la República*. [↑](#footnote-ref-153)
154. Art. 239, *Ley Orgánica de Régimen Municipal.* SRO N° 159, 5 de diciembre de 2005. [↑](#footnote-ref-154)
155. Art. 13 de la *Ley de Régimen del Sector Eléctrico.* [↑](#footnote-ref-155)
156. Artículo 4 de la *Ley de Hidrocarburos*. [↑](#footnote-ref-156)
157. *Ley Orgánica de Régimen Municipal.* Art. 245. [↑](#footnote-ref-157)
158. *Ibídem*. Art. 320 y 321. [↑](#footnote-ref-158)
159. *Ibídem*. Art. 323. [↑](#footnote-ref-159)
160. Procuraduría General del Estado. Of. N°: 25236 de 24-jul-2002. Sobre si en un trámite de expropiación de un inmueble de propiedad del Banco de Préstamos, es posible pagar el precio acordado con CDR’s y si en la eventualidad de que exista negativa por parte del apoderado del banco existe la posibilidad coercitiva para requerir ante alguna autoridad la aceptación de los CDR’s. Pronunciamiento: La Procuraduría considera que el pago de la expropiación se debe efectuar conforme se acuerde entre las partes; en todo caso, el acreedor, esto es el Banco de Préstamos, a través de su representante, no está obligado a recibir CDR’s, salvo que esa sea su voluntad. Consultante: Municipalidad de Ambato. RO N° 118, 4 de julio de 2003. [↑](#footnote-ref-160)
161. R. N° 9/94. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.. RO 450 del 30 de mayo de 1994. [↑](#footnote-ref-161)
162. Espinosa M., Galo. *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa.* Quito, 1992. p. 116 (2a. Sala, 18 de Julio de 1991. María Gangotena de Mancheno - Empresa Nacional de Productos Vitales. Tribunal de lo Contencioso Administrativo). [↑](#footnote-ref-162)
163. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit*. T. II. p. 231 [↑](#footnote-ref-163)
164. Ibídem. [↑](#footnote-ref-164)
165. L. 2004-027. *Codificación de la Ley de Patrimonio Cultural*. SRO 465, 19 de noviembre de 2004. Art. 258. [↑](#footnote-ref-165)
166. En España, el “dominio público viario” (José Bermejo Vera [Dirección y Coordinación]. *Ob. cit.* (1994). p. 435 y ss.) y en Francia el “domaine public routier” o la «*domanialité publique de voies terrestres*» (Jacqueline Morand-Deviller. *Ob. cit.* (2001). p. 55 y ss; y, Jean-Marie Auby y Pierre Bon. *Droit Administratif des Biens.* ) [↑](#footnote-ref-166)
167. Cassagne. *Ob. cit.* (2004).T*.* II. p. 474. [↑](#footnote-ref-167)
168. García Feraud. Galo. *Cuestiones Jurídicas.* Edino. Guayaquil, 2005. p. 331. [↑](#footnote-ref-168)
169. Art. 36.- Procedimiento. Título IV, De los Procedimientos Especiales; Capítulo I, De la Adquisición de Bienes Inmuebles. *Ley de Contratación Pública.* [↑](#footnote-ref-169)
170. En países federales, como en Argentina, o en el Estado de las Autonomías, como España, se discute la expropiación posible por parte del Gobierno Federal o de la Administración Central, del dominio público estadual o autonómico, y viceversa. Cassagne se refiere a la posibilidad de la expropiación por parte del Estado de “… (bienes) pertenecientes a las provincias o municipios habida cuenta que el Estado nacional jamás podría expropiar sus propios bienes dominiales”. *Ob. cit.* T. II. p. 476. [↑](#footnote-ref-170)
171. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* T. II. p. 232. [↑](#footnote-ref-171)
172. Rodríguez, Nemesio. Artículo “Expropiación forzosa”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Barcelona, 1982. T. IX. pp. 335-336, 356. [↑](#footnote-ref-172)
173. Dromi. *Ob cit.* pp. 955, 957-958. [↑](#footnote-ref-173)
174. Art. 4, *Ley de Hidrocarburos*. [↑](#footnote-ref-174)
175. *Ley de Hidrocarburos*. Art. 91. [↑](#footnote-ref-175)
176. Art. 63, 11, *Ley Orgánica de Régimen Municipal.* [↑](#footnote-ref-176)
177. Art. 147, d), *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-177)
178. Art. 239, *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-178)
179. Art. 240, *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-179)
180. Corte Suprema de Justicia. Juicio ordinario No. 228-2003. Resolución de contrato de compra venta. María Ortiz - Gilberto Bustamante y otros. RO Nº 416, 8 de septiembre de 2004. [↑](#footnote-ref-180)
181. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* T. II. p. 229. [↑](#footnote-ref-181)
182. Ibídem. [↑](#footnote-ref-182)
183. Villegas, A. Walter. *Régimen Jurídico de la Expropiación.* Depalma. Buenos Aires, 1973. p. 103. [↑](#footnote-ref-183)
184. *Código de Procedimiento Civil.* Art. 784.- (…) Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez del territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial. [↑](#footnote-ref-184)
185. Villegas. *Ob. cit.* p. 103. [↑](#footnote-ref-185)
186. Morand-Deviller. *Ob. cit.* (2003). p. 63. [↑](#footnote-ref-186)
187. *Ibídem.* p. 64. [↑](#footnote-ref-187)
188. García de Enterría y Fernández. T. II. p. 248.5 [↑](#footnote-ref-188)
189. *Reglamento de la Ley de Contratación Pública.* Art. 41. (…)Cuando se trate de entidades u organismos adscritos a ministerios de Estado se requerirá la aprobación del Ministro respectivo. [↑](#footnote-ref-189)
190. *Ley Orgánica de Régimen Municipal.* Art. 247.- La Municipalidad podrá convenir con el particular afectado por la expropiación, la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla, libremente y de mutuo acuerdo; en tal caso y una vez convenidos los términos de la adquisición, se dará por concluido el expediente iniciado. [↑](#footnote-ref-190)
191. La *Ley de Hidrocarburos* no contempla el arreglo directo, contractual, para las expropiaciones contempladas en su Art. 91, pero en el caso de las expropiaciones para el tendido del Oleoducto de Crudos Pesados, el Acuerdo Ministerial respectivo, de aplicación del Art. 91, encarga de forma expresa a la compañía constructora del oleoducto la responsabilidad de “negociar directamente el monto (…) y realizar todos los trámites de adquisición de bienes inmuebles (…)” (Art. 3 del Acuerdo Ministerial publicado en el Registro Oficial N° 364, del 9 de julio de 2001). [↑](#footnote-ref-191)
192. *Ley de Contratación Pública.* Título IV De los Procedimientos Especiales. Capítulo I De la Adquisición de Bienes Inmuebles. Art. 36.- Procedimiento.- Cuando la más alta autoridad del respectivo organismo o entidad del sector público haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la ley.

     Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa días.

     Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, que considerará los precios comerciales de la zona. El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento sobre dicho avalúo.

     El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad (…). [↑](#footnote-ref-192)
193. *Reglamento Ley de Expropiación Pública.* Capítulo IV De los Procedimientos Especiales. Sección Primera.

     De la adquisición de bienes inmuebles por declaratoria de utilidad pública. Art. 50.- Autorización para celebrar escritura.- Cuando el precio del inmueble exceda del fijado por la ley como base para el concurso público de ofertas, los ministros de Estado requerirán de la expedición de un decreto ejecutivo de autorización para celebrar la escritura pública de transferencia de dominio en el evento de acuerdo con los propietarios sobre el precio de la adquisición; Art. 51.- Necesidad de informes previos.- Los contratos de transferencia de dominio de inmuebles están sujetos a los informes a los que se refiere el artículo 60 de la ley (de contratación pública). [↑](#footnote-ref-193)
194. R. Nº 133-2003. Muñoz Verduga - Ministro de Educación y Cultura y Directora Provincial de Manabí. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. RO 149, 18 de agosto de 2003. [↑](#footnote-ref-194)
195. García de Enterría y Fernández. T. II. p. 230. [↑](#footnote-ref-195)
196. García de Enterría y Fernández. T. II. p. 271. [↑](#footnote-ref-196)
197. *Código de Procedimiento Civil.* Art. 803. [↑](#footnote-ref-197)
198. Villegas. *Ob. cit*. pp. 457-462. [↑](#footnote-ref-198)
199. Escola, J.H. *Compendio de Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1984. T. II. p. 1088. [↑](#footnote-ref-199)
200. Dromi. *Ob. cit.* p. 977. [↑](#footnote-ref-200)
201. Proceso N° 1025, Freire - I. Municipio de Babahoyo, Ministro de Gobierno y Procurador General del Estado. Primera Sala, 1981. *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.* Quito, 1981. p. 58. [↑](#footnote-ref-201)
202. Espinosa M., Galo. *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa.* Quito, 1992. p. 119 (2a. Sala, 22 de Noviembre de 1988; juicio: Alejandro Centeno-Municipalidad de Santa Ana. “Nota: El criterio anterior es parte del fallo publicado en páginas 214 a 222 del Boletín Oficial No. 9 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y en igual sentido se ha pronunciado la 2a. Sala en resolución de 9 de Mayo de 1990”). [↑](#footnote-ref-202)
203. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.* “Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa: (…) e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa”. [↑](#footnote-ref-203)
204. R. N° 6/96. Sala de lo Administrativo. RO 917 del 2 de abril de 1996. Hay un voto salvado. En el mismo sentido: R. N° 190/96. Sala de lo Administrativo. RO 3 del 14 de febrero de 1997. Hay un voto salvado que considera justiciable la declaratoria, pero rechaza el recurso porque éste solicitó la “anulación” del acto administrativo que, a criterio del disidente, solo puede declararse en el Recurso Objetivo o de Anulación y no en el Recurso Subjetivo o de plena jurisdicción que, a su criterio, era el que correspondía. [↑](#footnote-ref-204)
205. R. No. 344-2002. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Romero Sangster, Director Ejecutivo y representante legal de la CEDEGE - Paula Tigrero Vera y otros. RO 46, 24 de marzo de 2003. [↑](#footnote-ref-205)
206. R. N° 37-2003. juicio ordinario de indemnización de daños y perjuicios. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Vintimilla de Borck - Estado Ecuatoriano, representado por el Procurador General del Estado. RO 64, 17 de abril de 2003 (…) la Sala aplicando este criterio aceptó el recurso de casación en un juicio de expropiación, se refiere precisamente la recurrente en el escrito presentado por ella ante esta Sala (foja 10 del cuaderno de casación), fallo que se publicó en el Registro Oficial 418 del 24 de septiembre de 2001; pero la opinión de la Sala en este mismo sentido le ha permitido pronunciar sentencias en numerosos juicios de expropiación que han llegado a su conocimiento. Se pueden citar entre otras las resoluciones 20-98 (Registro Oficial 315, 12 de mayo de 1998), 99-98 (el mismo Registro Oficial), 184-98 (Registro Oficial 318, 15 de mayo de 1998), 298-98 (Registro Oficial 15-5, 31 de agosto de 1998), 505-99 (Registro Oficial 333, 7 de diciembre de 1999), 520-99 (Registro Oficial 334, 8 de diciembre de 1999), 87-2000 (Registro Oficial 63, 24 de abril de 2000), 422-2000 (Registro Oficial 227, 19 de diciembre de 2000). [↑](#footnote-ref-206)
207. Cassagne. *Ob. cit.* (2004). T. II. p. 483. [↑](#footnote-ref-207)
208. “(...) el municipio del Distrito Metropolitano de Quito está sometido a la Ley de Contratación Pública (…)”. R. N° 520-991ª Sala CM. RO 334, 8 de diciembre de 1999; R. N° 248-20011ª Sala CM, RO 380, 31 de julio de 2001, p. 27”; R. 09-2003. Expropiación de un inmueble. Municipio del Distrito Metropolitano de Quito-- Ángel Fabián Almeida Guzmán y Ángela Hipatia Cruz Cevallos. RO N° 131, del 23 de julio de 2003; Resolución Nº 80-03. Sala de lo Contencioso Administrativo. RO 114, 30 de junio de 2003. [↑](#footnote-ref-208)
209. Garrigues, Joaquín. *Derecho Mercantil.* Porrúa. T. I. p. 177. [↑](#footnote-ref-209)
210. Villegas. *Ob. cit*. p. 228. [↑](#footnote-ref-210)
211. Ferro, Héctor Raúl. *Expropiación de Empresas y Fondos de Comercio*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977. p. 54. [↑](#footnote-ref-211)
212. Ferro. *Ob. cit*. p. 64. [↑](#footnote-ref-212)
213. Garrigues. *Ob. cit*. p. 182. [↑](#footnote-ref-213)
214. Cassagne. *Ob. cit.* T. II. 468. [↑](#footnote-ref-214)
215. Villegas. *Ob. cit*. p. 224. [↑](#footnote-ref-215)
216. *Ibídem*. p. 231. [↑](#footnote-ref-216)
217. Ferro. *Ob. cit*. pp. 92-118. [↑](#footnote-ref-217)
218. Cassagne. *Ob. cit.* T. II. 481 [↑](#footnote-ref-218)
219. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 2. p. 627. [↑](#footnote-ref-219)
220. Ferro. *Ob*. *cit*. p. 80. [↑](#footnote-ref-220)
221. Art. 781 del *Código de Procedimiento Civil.* [↑](#footnote-ref-221)
222. *Código de Procedimiento Civil*. Art. 801. [↑](#footnote-ref-222)
223. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* T II. p. 241. [↑](#footnote-ref-223)
224. Jouvenel, Bertrand de. *Los Orígenes del Estado Moderno.* Editorial Magisterio Español S.A. Madrid, 1977. p. 256. [↑](#footnote-ref-224)
225. *Ibídem*. p. 226. [↑](#footnote-ref-225)
226. Jellinek. Georg. *Teoría General del Estado.* Editorial Albatros. Buenos Aires,1981. p. 472. [↑](#footnote-ref-226)
227. Laubadère, Venezia y Gaudemet. *Ob. cit*. T. 1. p. 36. [↑](#footnote-ref-227)
228. *Ibídem*. p. 38. [↑](#footnote-ref-228)
229. Reproducido en la recopilación de jurisprudencia y comentarios de: Long, M.; Weil, P.; Braibant, G. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative.* Sirey. París, 1984. p. 5. [↑](#footnote-ref-229)
230. Vidal Perdomo, Jaime. *Editorial Temis*. Bogotá, 1972. p. 182. [↑](#footnote-ref-230)
231. Rivero y Waline. *Ob. cit*. p. 142. [↑](#footnote-ref-231)
232. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. p. 113. [↑](#footnote-ref-232)
233. También se insiste últimamente en la anticipación de Hauriou en el tratamiento doctrinal del servicio público, pero se reconoce que “su rango científico como elemento pretendidamente definitorio del Derecho Público corresponde a la Escuela de Burdeos, con León Duguit a la cabeza (…)”. José Eugenio Soriano Gar-cía. “Cap. 4. La elaboración dogmática de la disciplina: sistematización doctdrinal del derecho administrativo y conceptualización de la Administración Pública”, “2. Las grandes construcciones francesas sobre el Derecho Administrativo”. En: *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1993. p. 175. [↑](#footnote-ref-233)
234. Duguit. *Ob. cit*. (1975). pp. 27 y 37. [↑](#footnote-ref-234)
235. Duguit. *Ob. cit*. (1928). T. II. p. 59. [↑](#footnote-ref-235)
236. *Ibídem*. p. 61. [↑](#footnote-ref-236)
237. Duguit. *Ob. cit*. (1975). pp. 14, 15, 27, 30 y 37. [↑](#footnote-ref-237)
238. Laubadère, Venezia y Gaudemet. *Ob. cit*. T. 1. p. 39 [↑](#footnote-ref-238)
239. Muñoz Machado, Santiago. *Servicio Público y Mercado. I*. *Los Fundamentos.* Civitas. Madrid, 1998. pp. 104-105. [↑](#footnote-ref-239)
240. Duguit. *Ob. cit.* (1975). p. 31. [↑](#footnote-ref-240)
241. Laubadère, Venezia y Gaudemet. *Ob. cit*. T. 1. p. 39. [↑](#footnote-ref-241)
242. Rivero y Waline. *Ob. cit*. p. 143; Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. p. 115. [↑](#footnote-ref-242)
243. Long, Weil y Braibant. *Ob. cit*. pp. 160-161: 1921, Societé Commereciale de l’Oest Africain; siendo d’Eloka el nombre de una gabarra (bac) que se accidentó, causando perjuicios a usuarios. [↑](#footnote-ref-243)
244. Duguit. *Ob. cit.* (1975). p. 31. [↑](#footnote-ref-244)
245. Jellinek. *Ob. cit.* p. 472. [↑](#footnote-ref-245)
246. Vedel, Georges. “Les bases Constitutionnelles du Droit Administratif”. Publicado en: *La Pensée de Charles Eisenmann.* Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 1986. Estos criterios fueron después incluidos en sucesivas ediciones de su. *Ob. cit.* T. 1. pp. 26 y ss. [↑](#footnote-ref-246)
247. *Ibídem*. pp. 76 y 75. [↑](#footnote-ref-247)
248. Moderne, Franck. “Concepto de servicio público frente a la Unión Europea”. En: Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 816. [↑](#footnote-ref-248)
249. Alessi, Renato. I*nstituciones de Derecho Administrativo.* Bosch. Barcelona, 1970. T. II. p. 364. [↑](#footnote-ref-249)
250. *Ibídem.* pp. 364-365. [↑](#footnote-ref-250)
251. *Ibídem*. p. 364. [↑](#footnote-ref-251)
252. Duguit*. Ob. cit.* (1975). p. 37. [↑](#footnote-ref-252)
253. Marienhoff. *Ob. cit.* T. II. p. 55. [↑](#footnote-ref-253)
254. Servicios Públicos Propios: Prestados Directa o Indirectamente por la Administración.Impropios: El Estado tiene un control sobre los particulares que ejercen las respectivas actividades. Marienhoff. Ob. cit. T. II. p. 112. [↑](#footnote-ref-254)
255. Vedel, Georges. Derecho Administrativo. Aguilar. Madrid, 1980. p. 689. [↑](#footnote-ref-255)
256. Alessi. Ob. cit. p. 366. [↑](#footnote-ref-256)
257. *Ibídem*. p. 366. [↑](#footnote-ref-257)
258. Vedel y Devolvé*. Ob. cit.* (1992). T. 2. p. 737*.* [↑](#footnote-ref-258)
259. Ariño Ortiz, Gaspar*. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. pp. 565 y 539. [↑](#footnote-ref-259)
260. Ariño. *Ob. cit.* p. 534. [↑](#footnote-ref-260)
261. Cassagne, Juan Carlos. “Cap. II. El servicio público en el campo de la contratación administrativa”. *En:* Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz. Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. *LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. pp. 63-65*. [↑](#footnote-ref-261)
262. Muñoz Machado*.* Ob. cit. .*p. 140*. [↑](#footnote-ref-262)
263. Ariño. *Ob. cit*. “Lección decimoséptima. El nuevo servicio público”. pp.585-621. [↑](#footnote-ref-263)
264. Art. 6, a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. [↑](#footnote-ref-264)
265. Art. 118, 5. de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-265)
266. Laubadère, Venezia y Gaudemet. *Ob. cit*. T. 1. p. 39. [↑](#footnote-ref-266)
267. Art. 1 de la *Ley de Modernización.* [↑](#footnote-ref-267)
268. Art. 2 de la *Ley de Modernización.* [↑](#footnote-ref-268)
269. Art. 43 de la *Ley de Modernización.* [↑](#footnote-ref-269)
270. Art. 541. [↑](#footnote-ref-270)
271. Martín Mateo, Ramón y Francisco Sosa Wagner. *Derecho Administrativo Económico*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1977. p. 96. [↑](#footnote-ref-271)
272. González Pérez, Jesús y Francisco González Navarro. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Civitas. Madrid, 1993. p. 107. [↑](#footnote-ref-272)
273. Broseta Pont, Manuel. *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil.* Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1965. p. 97. [↑](#footnote-ref-273)
274. *Ibídem*. p. 119. [↑](#footnote-ref-274)
275. Art. 1963.- La sociedad puede ser civil o comercial.

     Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles. [↑](#footnote-ref-275)
276. Ferrara, Francisco. *Empresarios y Sociedades*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. p. 67. [↑](#footnote-ref-276)
277. Broseta. *Ob. cit*. p. 182. [↑](#footnote-ref-277)
278. Garrigues. *Ob. cit*. T. I. p. 169. [↑](#footnote-ref-278)
279. *Ibídem*. p. 411. [↑](#footnote-ref-279)
280. Broseta. *Ob. cit*. p. 96. [↑](#footnote-ref-280)
281. Garrigues. *Ob. cit*. T. I. p. 178. [↑](#footnote-ref-281)
282. *Ibídem*. p. 171. [↑](#footnote-ref-282)
283. Rodríguez. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa S.A. México, 1967. T. I. p. 412. [↑](#footnote-ref-283)
284. Garrigues. *Ob. cit*. T. I. p. 171. [↑](#footnote-ref-284)
285. *Ibídem*. p. 183. [↑](#footnote-ref-285)
286. Rodríguez. *Ob. cit.* T. I. p. 414. [↑](#footnote-ref-286)
287. Garrigues. *Ob. cit*. T. I. p. 174. [↑](#footnote-ref-287)
288. *Ibídem*. (cita de Fernández-Noboa). T. I. p. 175. [↑](#footnote-ref-288)
289. *Ibídem*. p. 183. [↑](#footnote-ref-289)
290. Ferrara. *Ob. cit*. p. 9. [↑](#footnote-ref-290)
291. Broseta. *Ob. cit*. p. 125. [↑](#footnote-ref-291)
292. *Ibídem*. p. 129. [↑](#footnote-ref-292)
293. Garrigues. *Ob. cit*. T. I. p. 166. [↑](#footnote-ref-293)
294. Broseta. *Ob. cit*. p. 144. [↑](#footnote-ref-294)
295. Drucker. *Management: Tasks, Responsabilities, Practices*. Harper & Row. Nueva York, 1974. pp. 59-60. [↑](#footnote-ref-295)
296. Galbraith, J. K. *The New Industrial Statet*. The New American Library. New York, 1968. Cap. X. [↑](#footnote-ref-296)
297. Marx, Karl. *Capital*. Vol. I. Con una introducción de Ernest Mandel. Vintage Books. Nueva York, 1976. p. 59. [↑](#footnote-ref-297)
298. Broseta. *Ob. cit*. p. 92. [↑](#footnote-ref-298)
299. Ferrara. *Ob. cit*. p. 25. [↑](#footnote-ref-299)
300. Lessona, Silvio. “Líneas Generales sobre la Empresa Pública”. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. T. I. p. 188. [↑](#footnote-ref-300)
301. García-Trevijano Fos, J.A. “Concepción Unitaria del Sector Público”. En: *La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia, 1970. p. 80. [↑](#footnote-ref-301)
302. García-Trevijano. *Ob. cit*. p. 81. [↑](#footnote-ref-302)
303. Martín Mateo y Sosa. *Ob. cit*. p. 115. [↑](#footnote-ref-303)
304. Cotino, Gastone. “Participación Pública en la Empresa Privada e Interés Social”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 318. [↑](#footnote-ref-304)
305. Valero, Urbano. “La Fundación como Forma Jurídica para Empresarios del Sector Público”.En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. T. I. p. 287. [↑](#footnote-ref-305)
306. Saraceno, Pasquale. “El Fin de Beneficio en las Empresas Públicas de Producción”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. T. I. p. 367. [↑](#footnote-ref-306)
307. Ottaviano, Vitorio. “Sometimiento de la Empresa Pública al Derecho Privado”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. T. I. p 273. [↑](#footnote-ref-307)
308. Sirvent, José. “El Instituto Nacional de Industria”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 979. [↑](#footnote-ref-308)
309. Meilán Gil, José Luis. “Cuestiones Institucionales de la Empresa Pública España”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 1203. [↑](#footnote-ref-309)
310. SENDA. *Catastro de Empresas Estatales*. Quito, 1990. Por ejemplo, se incluye al lado de la (ahora suprimida) empresa pública Empresa Nacional de Productos Vitales (ENPROVIT) a la empresa privada Supermercados La Favorita C.A. pp. 163-164. [↑](#footnote-ref-310)
311. Manzanedo, J.A; J. Hernando; E. Gómez Reino. *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1970. p. 917. [↑](#footnote-ref-311)
312. Dromi. “Panorama de la Empresa Pública en Latino América”. En: *El Derecho Administrativo en Sud América.* Curso Internacional. p. 246. [↑](#footnote-ref-312)
313. Sarria, Consuelo. “La Empresa Pública y su Clasificación en Colombia”. En: *El Derecho Administrativo en Latino América*. p. 362. [↑](#footnote-ref-313)
314. Galgano, Francesco. “Estructura Técnico Jurídica del Concepto de Empresario Público”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 250. [↑](#footnote-ref-314)
315. Artículo 2082 del *Código Civil italiano*. [↑](#footnote-ref-315)
316. Lessona. *Ob. cit.* p. 179. [↑](#footnote-ref-316)
317. Arena. “Contribución a la Sistematización Jurídica de los Entes Públicos”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. T. I. p. 125-127. [↑](#footnote-ref-317)
318. Galgano. *Ob. cit*. p. 251. [↑](#footnote-ref-318)
319. Rivero y Waline. *Ob. cit*. p. 425. [↑](#footnote-ref-319)
320. Cotino. *Ob. cit*. p. 343. [↑](#footnote-ref-320)
321. Tafur, Alvaro. *Las Entidades Descentralizadas*. Editorial Temis. Bogotá, 1977. p. 110. [↑](#footnote-ref-321)
322. Tafur. *Ob. cit*. p. 111. [↑](#footnote-ref-322)
323. Marienhoff. *Ob*. *cit*. T. I. p. 461. [↑](#footnote-ref-323)
324. Arena. *Ob. cit*. p. 133. [↑](#footnote-ref-324)
325. Valero. *Ob. cit*. p. 286. [↑](#footnote-ref-325)
326. Garrigues. *Ob. cit*. T. I. p. 166. [↑](#footnote-ref-326)
327. Galgano. *Ob*. *cit*. p. 263. [↑](#footnote-ref-327)
328. Arena. *Ob*. *cit*. pp. 129-130. [↑](#footnote-ref-328)
329. Meilán. *Ob*. *cit*. 1203. [↑](#footnote-ref-329)
330. Galgano. *Ob. cit*. p. 263. [↑](#footnote-ref-330)
331. Ottaviano. *Ob. cit*. p. 271. [↑](#footnote-ref-331)
332. Bachelet, Vittorio. “Estructuras y Garantía de la Actividad Empresarial del Estado”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 149. [↑](#footnote-ref-332)
333. Silva Muñoz, Federico. “La Propiedad de la Empresa Pública”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 229. [↑](#footnote-ref-333)
334. Galgano. *Ob. cit*. p. 263. [↑](#footnote-ref-334)
335. Marienhoff. *Ob. cit.* T. I. p. 459. [↑](#footnote-ref-335)
336. Drucker. *Ob. cit*. “Cap. 12.- Why service institutions do not perform”. pp. 137-147. [↑](#footnote-ref-336)
337. Ottaviano. *Ob. cit*. p. 270. [↑](#footnote-ref-337)
338. Saraceno, Pasquale. “El Fin de Beneficio en las Empresas Públicas Producción”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 361. [↑](#footnote-ref-338)
339. Closets, François de. *Le Pari de la Responsabilité*. Rapport de la Commission Efficacité de l'État. La Documentation Française. París, 1989. p. 147. [↑](#footnote-ref-339)
340. Vedel. *Ob. cit.* (1980). p. 639. [↑](#footnote-ref-340)
341. Meilán. *Ob. cit*. p. 1203. [↑](#footnote-ref-341)
342. Ferrara. *Ob. cit*. p. 25. [↑](#footnote-ref-342)
343. Martín Mateo. *Ob. cit*. p. 476. [↑](#footnote-ref-343)
344. Albiñana, César. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 476. [↑](#footnote-ref-344)
345. Albi. *Ob. cit*. p. 17. [↑](#footnote-ref-345)
346. Silva. *Ob. cit.* p. 226. [↑](#footnote-ref-346)
347. Venezia, J. C. “Las Empresas Públicas en Francia”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 1.328. [↑](#footnote-ref-347)
348. Marienhoff. *Ob. cit*. T.I. pp. 464‑465. [↑](#footnote-ref-348)
349. Venezia. *Ob. cit*. p. 1328. [↑](#footnote-ref-349)
350. Art. 2.- Objetivo.- PETROECUADOR, como depositaria de los derechos privativos que la ley confiere al Estado Ecuatoriano, tiene por objeto el desarrollo de las actividades que le asigna la Ley de Hidrocarburos, en todas las fases de la industria petrolera, lo cual estará orientado a la óptima utilización de los hidrocarburos, que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del país, (...)”. [↑](#footnote-ref-350)
351. Begaux‑Francotte, Colette. “La Empresa Pública en la Unión Soviética”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 1.749. [↑](#footnote-ref-351)
352. Capek, Karel. “La Empresa del Estado en Checoslovakia”. En*: La Empresa Pública*. Publicaciones del Colegio Real de España en Bolonia. 1970. p. 1.294. [↑](#footnote-ref-352)
353. Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. Nueva York, 1979. p. 60. [↑](#footnote-ref-353)
354. *Ibídem*. pp. 677-680. [↑](#footnote-ref-354)
355. *Ibídem*. p. 61. [↑](#footnote-ref-355)
356. *Ibídem*. p. 65. [↑](#footnote-ref-356)
357. Arts. 1,(1), (2) y (3); y 157 de la *Convención del Mar*. [↑](#footnote-ref-357)
358. Arts. 153, 2, (a); 158, 2; y 170. [↑](#footnote-ref-358)
359. Sundstrom, Zacharias. “La Corporación Pública Internacional. Estudios acerca de sus funciones y de su organización”. En la compilación de Marcos Kaplan: *Corporaciones Públicas Multinacionales para el Desarrollo y la Integración de la América Latina.* Fondo de Cultura Económica. México, 1974, p. 86. [↑](#footnote-ref-359)
360. Kaplan. *Ob. cit.* p. 86. [↑](#footnote-ref-360)
361. Sundstrom. *Ob. cit*. p. 88. [↑](#footnote-ref-361)
362. Kaplan. *Ob. cit*. p. 226. [↑](#footnote-ref-362)
363. Figler, Carlos. “Empresas Públicas Multinacionales”. En Kaplan. *Ob. cit*. pp. 158-159. [↑](#footnote-ref-363)
364. Brownlie. *Ob. cit*. p. 71. [↑](#footnote-ref-364)
365. Kaplan. *Ob. cit*. p. 226. [↑](#footnote-ref-365)
366. Duncker Biggs, F. *Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1967. pp. 311-312. [↑](#footnote-ref-366)
367. Claro Solar, L. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979. Vol. II. T. IV. pp. 477-478. [↑](#footnote-ref-367)
368. DS Nº 986. RO Nº 652, 3 de octubre de 1974. [↑](#footnote-ref-368)
369. Art. 1. [↑](#footnote-ref-369)
370. Sweeney, J.M., Oliver, C.T. y Leech, N.E. *The International Legal System*. The Foundation Press. Nueva York, 1981. p. 302-304. Referido en adelante como “Sweeney”. [↑](#footnote-ref-370)
371. Sweeney. *Ob. cit*. p. 3 [↑](#footnote-ref-371)
372. *Ibídem*. p. 357-358. [↑](#footnote-ref-372)
373. Seidl-Hohenveldern. “Nacionalización. El Problema Jurídico*”.* En: Kernig, C.D (Director). Derecho 2. *Marxismo y Democracia. Enciclopedia de Conceptos Básicos.* Ediciones Rioduero. Madrid, 1975. p. 92. [↑](#footnote-ref-373)
374. Seidl-Hohenveldern. *Ob. cit*. T. 2. p. 93. [↑](#footnote-ref-374)
375. RO Nº 194, 24 de enero de 2006. Of. P.G.E. 20260 de 19-oct-2005. [↑](#footnote-ref-375)
376. RO Nº 522, 11 de febrero de 2005. Of. P.G.E. 13312 de 1-12-2004. [↑](#footnote-ref-376)
377. Manzanedo. *Ob. cit*. p. 920. [↑](#footnote-ref-377)
378. Sociedades estatales: se entiende “por tales las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus organismos autónomos y las entidades de derecho público con personalidad jurídica diferenciada que hayan de ajustar sus actuaciones al Derecho privado”. Martín Mateo y Sosa. *Ob. cit*. p. 113. [↑](#footnote-ref-378)
379. Martín Mateo y Sosa. *Ob. cit*. p. 115. [↑](#footnote-ref-379)
380. Holding company: una compañía que limita sus actividades a tener acciones y supervisar la administración de otras compañías. Black. *Ob. cit.*. [↑](#footnote-ref-380)
381. García-Trevijano. *Ob. cit*. pp. 83-85. V. también: Urbano Valero Agundez. *La Fundación como Forma de Empresa*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1969. [↑](#footnote-ref-381)
382. Art. 565 del *Código Civil*. “No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República”. SRO Nº 46, 24 de junio de 2005. [↑](#footnote-ref-382)
383. Art. 111 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-383)
384. Art. 171, 9. de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-384)
385. Art. 43, d) de la *Ley de Modernización*. [↑](#footnote-ref-385)
386. DS 1274. RO Nº 644 de julio de 1946, para las Fábricas de Abonos del Estado, y posteriormente Empresa de Abonos del Estado; y DS 1594. R.O. 339 del 27 de octubre de 1971; en los dos casos durante dictaduras de J.M. Velasco I. [↑](#footnote-ref-386)
387. DS 239 del 26 de marzo de 1975. [↑](#footnote-ref-387)
388. Art. 40 de la Ley de Modernización. [↑](#footnote-ref-388)
389. Art. 177 de la *Ley Orgánica de Régimen Municipal*: “La municipalidad podrá constituir empresas públicas para la prestación de servicios públicos, cuando, a juicio del concejo, esta forma convenga más a los intereses municipales y garantice una mayor eficiencia y una mejor prestación de servicios públicos”. [↑](#footnote-ref-389)
390. Art. 178. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-390)
391. Citado por: Oslack, O. “Capitalismo de Estado: forma acabada o transición?” En: *Gobierno y Empresas Públicas en América Latina*. Ediciones SIAP. p. 39. [↑](#footnote-ref-391)
392. Vidal. *Ob. cit*. p. 198. [↑](#footnote-ref-392)
393. Baena del Alcázar. Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía. Tecnos. Madrid. p. 113. [↑](#footnote-ref-393)
394. Seidl-Hovenveldern. *Ob. cit.* p. 85. [↑](#footnote-ref-394)
395. Brownlie. *Ob. cit*. p. 532. [↑](#footnote-ref-395)
396. Martín Mateo y Sosa. *Ob. cit*. p. 104. [↑](#footnote-ref-396)
397. Citado por Baena del Alcázar. *Ob. cit*. p. 110. [↑](#footnote-ref-397)
398. DS 743. RO 606 del 31 de julio de 1974. [↑](#footnote-ref-398)
399. Novoa, Eduardo. “La Evolución del Derecho de Propiedad ante los Actuales Textos Constitucionales Latinoamericanos”. En *Estudios de Derecho Económico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1977. p. 50. [↑](#footnote-ref-399)
400. Seidl-Hovenveldern. *Ob. cit*. p. 86. [↑](#footnote-ref-400)
401. Brownlie. *Ob. cit*. p. 533. [↑](#footnote-ref-401)
402. Brownlie. *Ob. cit.* p. 536. [↑](#footnote-ref-402)
403. *Ibídem*. p. 548. [↑](#footnote-ref-403)
404. *Ibídem*. p. 536. [↑](#footnote-ref-404)
405. Novoa. *Ob. cit.* p. 54. [↑](#footnote-ref-405)
406. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-406)
407. Citado por Novoa. *Ob. cit.* p. 57. [↑](#footnote-ref-407)
408. Novoa dice que esta parte de la convención “fue muy debatida y solamente tuvo una escuálida aprobación por un voto de mayoría...Esto demuestra el desacuerdo profundo que existe en la materia”. *Ob. cit.* p. 87. [↑](#footnote-ref-408)
409. Seidl-Hohenveldern. *Ob. cit.* p. 87. [↑](#footnote-ref-409)
410. Business Week. *Reforming the Soviet Economy*. 6 de diciembre de 1987. p. 14. [↑](#footnote-ref-410)
411. Arena. *Ob. cit*. T. I. pp. 133-134. [↑](#footnote-ref-411)
412. Marienhoff. *Ob. cit*. T. I. p. 461. [↑](#footnote-ref-412)
413. García Trevijano-Fos. *Ob. cit*. pp. 92-95. [↑](#footnote-ref-413)
414. Drucker. *Ob. cit*. p. 145. [↑](#footnote-ref-414)
415. Ibídem. pp. 158 y ss. [↑](#footnote-ref-415)
416. Aunque la Procuraduría General del Estado considera vigente la Ley de Régimen Administrativo, por lo menos en alguna de sus partes. Ver: RO Nº 194, 24 de enero de 2006. Of. P.G.E. 20054 de 12-10-2005. [↑](#footnote-ref-416)
417. Ballbé, Manuel. Voz “Derecho Administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix, Editor. Barcelona, 1985. T. I. Derecho. p. 63. [↑](#footnote-ref-417)
418. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 1, p. 76. [↑](#footnote-ref-418)
419. Marienhoff. *Ob. cit.* T. III-A. p. 60. [↑](#footnote-ref-419)
420. Escola, Jorge H. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Depalma. Buenos Aires, 1977. T. I. pp. 34-37. [↑](#footnote-ref-420)
421. Cassagne. *Ob. cit.* (2004). T. II. p 49. [↑](#footnote-ref-421)
422. Dromi. *Licitación Pública.* Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. p. 24. [↑](#footnote-ref-422)
423. Moderne, Franck y Devolvé, Pierre. “Las Transformaciones Contemporáneas del Contrato Administrativo en el Derecho Francés”. En *“Revista de Derecho Administrativo”,* Nos. 7-8. Depalma. Buenos Aires, 1991. [↑](#footnote-ref-423)
424. Escola (1977).T. I. pp. 17-18 [↑](#footnote-ref-424)
425. *Ibídem*., p. 20. [↑](#footnote-ref-425)
426. *Ibídem*. p. 105. [↑](#footnote-ref-426)
427. Cassagne. *El Contrato Administrativo.* LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. p. 346. [↑](#footnote-ref-427)
428. Cassagne. *Ob. cit.* (2005). p. 370. [↑](#footnote-ref-428)
429. Escola. *Ob. cit.* (1977). T. I. p. 105. [↑](#footnote-ref-429)
430. Mairal. “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”. En: Agustín Gordillo. *El Contrato Administrativo en la Actualidad.* Suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley. La Ley. Buenos Aires, 2004. p. 7. [↑](#footnote-ref-430)
431. Cassagne (2005). *Ob. cit.* pp. 366-367. [↑](#footnote-ref-431)
432. RO Nº 479, 10 de diciembre de 2004. Of. P.G.E.12561 de 22-10-2004. [↑](#footnote-ref-432)
433. Rivero y Waline. *Ob. cit.* p. 110. [↑](#footnote-ref-433)
434. Mairal (2005). *Ob. cit.* p. 12. [↑](#footnote-ref-434)
435. Cassagne. *Ob. cit.* (2005) pie de página 44, p. 358. Afirma que lo procedente es “corrigiendo el principio dogmático de partida que es la oponibilidad de la *exceptio* en todos los contratos administrativos, con las adaptaciones a los principios del servicio público. p. 360. [↑](#footnote-ref-435)
436. Ibídem. [↑](#footnote-ref-436)
437. Gordillo , Agustin A. “Los Contratos Administrativos”, en: *Contratos Administrativos*. Astrea. Buenos Aires, 1982. pp. 14-16. [↑](#footnote-ref-437)
438. Art. 249. [↑](#footnote-ref-438)
439. Laubadère, André de; Franck Moderne; y Pierre Devolvé. *Traité de Contrats Administratifs*. LGDJ. París, 1983. T. 1, pp. 453-554 y 4427. [↑](#footnote-ref-439)
440. Prieur, Michel. *Droit de l’Environnement.* Dalloz. París, 2004. p. 141. [↑](#footnote-ref-440)
441. Of. PGE 26399 del 6 de octubre de 1995. Respuesta al Of. 578-12-95 del 27 de septiembre de 1995 de la Universidad de Guayaquil. [↑](#footnote-ref-441)
442. Of. PGE N° 11889 del 15 de junio de 1998 . Respuesta al Of. 035 7‑98‑DE de 4 de junio de 1998, del Consejo Nacional De Electricidad, CONELEC. [↑](#footnote-ref-442)
443. Of. PGE N° 0273 del 3 de septiembre de 1996. Respuesta al Of. SUINBA-SEC-1465 del 8 de agosto de 1996 de la Superintendencia del Terminal Petrolero de Balao. [↑](#footnote-ref-443)
444. Of. PGE N° 25156 de 24 de agosto de 1995. Respuesta al Of. 719-AD.M-95 del 3 de julio de 1995 del Ministerio de Educación y Cultura. [↑](#footnote-ref-444)
445. Dictamen del Procurador General del Estado, Oficio 8679 del 15 de mayo de 1986, dirigido al Ministerio de Bienestar Social (Boletín Jurídico de la Procuraduría General del Estado. 1, Quito, 1989. p 420 y ss.). [↑](#footnote-ref-445)
446. “(…) no procede indemnización alguna que no sea la que fijen los jueces competentes ante la demostración de daños o perjuicios,…” (Of. PGE N° 29938 del 9 de febrero de 1996. Respuesta al Of. 004825 del 5 de febrero de 1996 del CONAM). [↑](#footnote-ref-446)
447. II-73, p. 583. 26 de octubre de 1909. Tomado de la edición del libro IV del Código Civil, preparado por René Bustamante Muñoz. La Prensa Católica. Quito, 1959. [↑](#footnote-ref-447)
448. Of. PGE N° 16827 del 7 de septiembre de 1981, dirigido a CLIRSEN. [↑](#footnote-ref-448)
449. Of. PGE, N° 8679 del 15 de mayo de 1986, a la Subsecretaría de Desarrollo Rural. *Boletín Jurídico N° 1*. p.. 422. [↑](#footnote-ref-449)
450. Of. PGE N° 2241 del 22 de octubre de 1987. *Boletín Jurídico N° 1*. p. 541. [↑](#footnote-ref-450)
451. Art. 196. [↑](#footnote-ref-451)
452. Citado por Dromi, José Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1985. p. 20. [↑](#footnote-ref-452)
453. Tomado de la recopilación de Long, Weil y Braibant. *Ob. cit.* p. 65. [↑](#footnote-ref-453)
454. Art. 14, de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-454)
455. RO Nº 195, 25 de enero de 2006. Of. P.G.E. 21023 de 30-11-2005. [↑](#footnote-ref-455)
456. Canasi, José. *Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1974. V. II. p. 463 y 466. [↑](#footnote-ref-456)
457. Of. PGE N° 18331 del 14 de octubre de 1981, al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. [↑](#footnote-ref-457)
458. Of. PGE N° 9940 del 5 de marzo de 1981, al Ministro de Salud. Dig. p. 226. [↑](#footnote-ref-458)
459. Of. PGE N° 1432, del 17 de enero de 1980, a INECEL en “*Digesto de la Contratación Pública”.* p. 226. [↑](#footnote-ref-459)
460. RO Nº 365, 28 de junio de 2004. Of. P.G.E. 07999 de 12-04-2004. [↑](#footnote-ref-460)
461. RO Nº 365, 28 de junio de 2004. Of. P.G.E. 08334 de 23-04-2004. [↑](#footnote-ref-461)
462. N° 73/96. Sala de lo Administrativo. Quito, 15 de abril de 1996. RO 979 del 2 de julio de 1996. [↑](#footnote-ref-462)
463. Berçaitz, Miguel A. *Teoría General de los Contratos Administrativos.* 2a. edición. Depalma. Buenos Aires, 1980. p. 312. p. 260; Escola. Ob. cit. (1977). p. 186. [↑](#footnote-ref-463)
464. Dromi. *Ob. cit.* (1995) p. 30. [↑](#footnote-ref-464)
465. Como denomina Dromi al elemento que Berçaitz y Escola llaman consentimiento. [↑](#footnote-ref-465)
466. RO Nº 284, 8 de marzo de 2004. Of. P.G.E. 05772 de 07-01-2004. [↑](#footnote-ref-466)
467. Claro Solar, Luis. *Ob. cit*., V. 5. T. XI. p. 22. [↑](#footnote-ref-467)
468. *Ibídem*. V. 5. T. XI. p. 46-47. [↑](#footnote-ref-468)
469. Idrobo Arciniega, Marco. *La Contratación Pública*. Quito, 1992. p. 174. [↑](#footnote-ref-469)
470. RO Nº 284, 8 de marzo de 2004. Of. P.G.E. 05818 de 08-01-2004. [↑](#footnote-ref-470)
471. Idrobo. *Ob. cit.* p. 176. [↑](#footnote-ref-471)
472. RO Nº 32, 6 de junio de 2005. Of. P.G.E. 591 de 7-04-2005. [↑](#footnote-ref-472)
473. Citado por Escola. *Ob. cit*. (1977). p. 200. [↑](#footnote-ref-473)
474. Berçaitz. *Ob. cit*., p. 264. [↑](#footnote-ref-474)
475. PGE Oficio 28566 del 23 de junio de 1982, al Tribunal Supremo Electoral. [↑](#footnote-ref-475)
476. Escola. *Ob. cit*. (1977). p. 201. [↑](#footnote-ref-476)
477. Citado por Berçaitz. *Ob. cit*. p. 264. [↑](#footnote-ref-477)
478. Berçaitz. *Ob. cit*. p. 267. [↑](#footnote-ref-478)
479. Dromi. *Ob. cit*. (1995). p. 48. [↑](#footnote-ref-479)
480. Escola. *Ob. cit*. (1977). p. 188. [↑](#footnote-ref-480)
481. *Ibídem*. p. 191. [↑](#footnote-ref-481)
482. Claro Solar, L. *Ob. cit*. Vol. V., T. XI., p. 248. [↑](#footnote-ref-482)
483. Mazeaud. *Ob. cit.* T. II. p. 186 y 191. [↑](#footnote-ref-483)
484. Alessandri. A. *Derecho Civil*. *De los Contratos.* Zamorano y Caporán. Santiago, 1976. p. 45. [↑](#footnote-ref-484)
485. Claro Solar. *Ob. cit*., p. 258, nota 627. [↑](#footnote-ref-485)
486. Mazeaud. *Ob. cit*. p. 192-193. [↑](#footnote-ref-486)
487. Dromi. *Ob. cit*. (1995). p. 27. [↑](#footnote-ref-487)
488. Berçaitz. *Ob. cit*. p. 277; Escola. *Ob. cit*. (1977). p. 196. [↑](#footnote-ref-488)
489. Alessandri. *Ob. cit.* p. 52 y 53. [↑](#footnote-ref-489)
490. Mazeaud. *Ob. cit*. T. II. p. 217. [↑](#footnote-ref-490)
491. Mazeaud. *Ob. cit*. T. II. pags. 208-219. [↑](#footnote-ref-491)
492. Borda, Guillermo A. *Manual de Obligaciones*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1981. p. 31. [↑](#footnote-ref-492)
493. Berçaitz. *Ob. cit*. p. 288-289. [↑](#footnote-ref-493)
494. Berçaitz. *Ob. cit.* p. 290-291. [↑](#footnote-ref-494)
495. Berçaitz. *Ob. cit.* p. 292-293. [↑](#footnote-ref-495)
496. Escola. *Ob. cit*. (1977). T. I. p. 206. [↑](#footnote-ref-496)
497. Canasi. *Ob. cit*. V. II. Parte Especial. p. 250. [↑](#footnote-ref-497)
498. Idrobo. *Ob. cit*. p. 102. [↑](#footnote-ref-498)
499. Escola. *Ob. cit*. (1977). p. 288. [↑](#footnote-ref-499)
500. Dromi. *Ob. cit*. (1995). p. 169. [↑](#footnote-ref-500)
501. Dromi. *La Licitación Pública. Astrea*. Buenos Aires, 1985. p. 77. [↑](#footnote-ref-501)
502. *Ibídem*. p. 84. [↑](#footnote-ref-502)
503. Procuraduría General del Estado. *Boletín Jurídico*, N 1. p. 211 [↑](#footnote-ref-503)
504. Procuraduría General del Estado. *Boletín Jurídico*. N 1. p. 333. [↑](#footnote-ref-504)
505. Procuraduría General del Estado. *Boletín Jurídico.* pp. 133-134. [↑](#footnote-ref-505)
506. Dromi. *Ob. cit*. (1995). p. 91. [↑](#footnote-ref-506)
507. Jeze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo.* T. IV. Teoría General de los Contratos de la Administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los Contratos. Depalma. Buenos Aires, 1950. p. 76. [↑](#footnote-ref-507)
508. Para Canasi, en materia de contratos administrativos, la licitación pública es la regla, siendo la excepción la licitación privada o contratación directa. *Ob. cit*. V. II. Parte Especial. p. 513. [↑](#footnote-ref-508)
509. Berçaitz. *Ob. cit*. p. 312. [↑](#footnote-ref-509)
510. Escola.Ob. cit. *T. I. (1977). p. 316*. [↑](#footnote-ref-510)
511. Ibídem. *T. I. p. 314.* [↑](#footnote-ref-511)
512. *Ibídem*. T. I. p. 315. [↑](#footnote-ref-512)
513. Dromi. *Ob. cit.* (1995). pag. 117. [↑](#footnote-ref-513)
514. Jèze. *Ob. cit*. p. 77. [↑](#footnote-ref-514)
515. Escola. *Ob. cit*. T. I. (1977). p. 361. [↑](#footnote-ref-515)
516. *Ibídem*. p. 313. [↑](#footnote-ref-516)
517. *Ibídem*. T. I. p. 350. [↑](#footnote-ref-517)
518. *Ibídem*. T. I. p. 316-317. [↑](#footnote-ref-518)
519. Legislación francesa, de 1882, citada por Jèze. *Ob. cit*. p. 86. [↑](#footnote-ref-519)
520. Escola. *Ob. cit*. T. I. (1977). p. 315; Dromi. *Ob. cit*. (1995). p. 120. [↑](#footnote-ref-520)
521. RO Nº 99, 8 de septiembre de 2005. Of. P.G.E. 17706 del 01-07-2005. [↑](#footnote-ref-521)
522. RO Nº 163, 12 de diciembre de 2005. Of. P.G.E. 19402 de 13-09-2005. [↑](#footnote-ref-522)
523. Jèze. *Ob. cit.* p. 85. [↑](#footnote-ref-523)
524. RO Nº 519, 4 de febrero de 2005. Of. P.G.E. 13021 de 18-nov-2004. [↑](#footnote-ref-524)
525. PGE Of. N 29537 del 17 de agosto de 1988. *Boletín Jurídico*. Segunda Época. N 1. Quito, 1989. p. 413. [↑](#footnote-ref-525)
526. PGE Of. 18842 del 3 de enero de 1995 a la Corporación Financiera Nacional –CFN. [↑](#footnote-ref-526)
527. PGE Of. 20681 del 6 de marzo de 1995. Respuesta al Of. SAJ-10-95-22506 del 3 de febrero de 1995 del Ministro de Salud Pública. [↑](#footnote-ref-527)
528. Of. PGE 3874 del 3 de febrero de 1997. Respuesta al Of. 0355 del 22 de enero de 1997 del INECEL. [↑](#footnote-ref-528)
529. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit*. Libros III-VII. T.s I y II. [↑](#footnote-ref-529)
530. Idrobo, Marco. *La Contratación Pública.* Quito, 1992. p. 112. [↑](#footnote-ref-530)
531. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* T. II. p. 701. [↑](#footnote-ref-531)
532. *Ibídem*. p. 706. [↑](#footnote-ref-532)
533. *Ibídem*. T. II. p. 106. [↑](#footnote-ref-533)
534. Citado por Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* Nota (2) pie de página, p. 707. [↑](#footnote-ref-534)
535. RO Nº 284, 8 de marzo de 2004. Of. P.G.E. 05895 de 13-01-2004. [↑](#footnote-ref-535)
536. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* p. 710. T. II. [↑](#footnote-ref-536)
537. *Ibídem.* p. 125. [↑](#footnote-ref-537)
538. Cassagne (2005). *Ob. cit.* p. 368. [↑](#footnote-ref-538)
539. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* p. 713. T. II. [↑](#footnote-ref-539)
540. Art. 79. Reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado. [↑](#footnote-ref-540)
541. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* p. 715. T. II. [↑](#footnote-ref-541)
542. *Ibídem.* p. 721, T. II. [↑](#footnote-ref-542)
543. Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* Vol. V De las Obligaciones. T. XI. p. 538. [↑](#footnote-ref-543)
544. Literalmente “En este estado de cosas”. Una condición tácita que se considera incorporada a los tratados, que ellos cesen de ser obligatorios tan pronto como el estado de las cosas y las condiciones sobre las que se fundaron han cambiado sustancialmente. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. St. Paul, 1979. [↑](#footnote-ref-544)
545. Sentencia del 14 de mayo de 1976. Citada por Moreno Gil, Oscar. *Contratos Administrativos.* Editorial Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1978. p. 757. [↑](#footnote-ref-545)
546. RO Nº 522, 11 de febrero de 2005. Of. P.G.E. 13806 de 29-12-2004. [↑](#footnote-ref-546)
547. Pérez, E. *Digesto de la Contratación Pública.* Oficios del Procurador del Estado Nos. 15323 del 3 de agosto y 15557 del 7 de agosto de 1981. Bajo el acápite de “Caso Fortuito”. [↑](#footnote-ref-547)
548. Inter-American Development Bank. The World Bank. *Procurement of Works*. Sample Bidding Documents. Washington, 1985. pp. 25 y ss. [↑](#footnote-ref-548)
549. FIDIC. *Notes on Documents for Civil Engineering Contracts.* Suiza, 1979. Comentarios a las cláusulas 65 y 66. [↑](#footnote-ref-549)
550. Waltser, Cristian H. Asesor Legal. Banco Mundial. Charla *Lineamientos de Contratación del Banco Mundial.* en Seminario “Construction Contracts and Related Procurement Issues”, International Development Law Institute (IDLI). Roma, 1991. [↑](#footnote-ref-550)
551. PGE. Oficio 13620 del 25 de junio de 1981. [↑](#footnote-ref-551)
552. PGE. Oficio 3577 del 5 de junio de 1980. [↑](#footnote-ref-552)
553. PGE. Oficio 11952 del 12 de agosto de 1991. Boletín Jurídico N 4. 1992. p. 71. [↑](#footnote-ref-553)
554. PGE. Oficio 12763 del 24 de septiembre de 1991. Boletín Jurídico N 4. Quito, 1992. p. 80. [↑](#footnote-ref-554)
555. BID-Banco Mundial. *Procurement of Works. Sample Bidding Documents*. Washington, 1985. p. 52. [↑](#footnote-ref-555)
556. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* pp. 748-749. [↑](#footnote-ref-556)
557. Mazeaud. *Leçons de Droit Civil.* T. II., pp. 321 y 322. [↑](#footnote-ref-557)
558. PGE. Oficio N 5540 del 5 de marzo de 1981 dirigido al Ministerio de Salud Pública. En: Pérez, E. *Digesto de la Contratación Pública*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1984. p. 83. [↑](#footnote-ref-558)
559. Laubadère, Moderne y Devolvé. *Ob. cit.* T. I. p. 774. [↑](#footnote-ref-559)
560. D'Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano.* EUNSA. Pamplona, 1981. p. 419. [↑](#footnote-ref-560)
561. Pothier, R.J. *Tratado de las Obligaciones.* Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1978. p. 71. [↑](#footnote-ref-561)
562. Mazeaud. H., L. y J. *Leçons de Droit Civil*. Editions Montchrestien. París, 1966. 3a. edición. T. II. p. 226-228. [↑](#footnote-ref-562)
563. *Código Civil*. Tít. XXXII. De los Cuasicontratos. [↑](#footnote-ref-563)
564. Claro Solar. L. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* Vol. V. De las Obligaciones. T. X. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979. pp. 551-555. [↑](#footnote-ref-564)
565. Mazeaud. *Ob. cit*. p. 628. [↑](#footnote-ref-565)
566. Dupichot. J. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá, 1984. p. 57. [↑](#footnote-ref-566)
567. Borda. G. A. *Manual de Obligaciones*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1981. p. 35. [↑](#footnote-ref-567)
568. Mazeaud. *Ob. cit*. p. 657. [↑](#footnote-ref-568)
569. Dupichot. *Ob. cit.* p. 56. [↑](#footnote-ref-569)
570. Escola. *Ob. cit*. (1984). p. 566. [↑](#footnote-ref-570)
571. *Ibídem*. p. 569. [↑](#footnote-ref-571)
572. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires, 1970. T. III-A. pp. 20, 21, 22, 39 y 40. [↑](#footnote-ref-572)
573. González-Berenguer, J.L. *La Contratación Administrativa*. Municipalia. Madrid, 1966. p. 11. [↑](#footnote-ref-573)
574. Dromi, J.R. *Ob. cit.* (1995). pp. 21-22. [↑](#footnote-ref-574)
575. Citado por Escola. *Ob. cit*. T. I. (1977). p. 279. [↑](#footnote-ref-575)
576. Escola. *Ob. cit*. (1977). pp. 281-282. [↑](#footnote-ref-576)
577. Escola. *Ob. cit.* T. I. (1984). p. 583. [↑](#footnote-ref-577)
578. PGE. *Boletín Jurídico*. Segunda Época. No. 1. 1989. Oficio 8164 del 25 de abril de 1986, al Presidente del CRM. p. 125. [↑](#footnote-ref-578)
579. CGE. *Control* Revista de la Contraloría General del Estado. No. 6. 1984. Oficio del 20 de agosto de 1984, al Alcalde de Quito. p. 40. [↑](#footnote-ref-579)
580. PGE. *Ob. cit.* Oficio 16934 del 10 de marzo de 1987, al Subsecretario de Gobierno. p. 463. [↑](#footnote-ref-580)
581. PGE. *Ob. cit.* Oficio 8164 del 25 de abril de 1986, al Presidente del CRM. *Boletín*, p. 125. [↑](#footnote-ref-581)
582. RO Nº 272, 12 de febrero de 2004. Of. P.G.E. 05546 de 18-12-2003. [↑](#footnote-ref-582)
583. PGE. Oficio 15907, enero de 1981 al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos. [↑](#footnote-ref-583)
584. PGE. *Ob. cit.* p. 465. [↑](#footnote-ref-584)
585. Pérez. *Ob. cit*. PGE Oficio 17104 del 14 de septiembre de 1981 [↑](#footnote-ref-585)
586. RO Nº 402, 19 de agosto de 2004. Of. P.G.E. 08933 de 18-05-2004. [↑](#footnote-ref-586)
587. PGE. *Ob. cit.* Oficio 28846 del 12 de julio de 1988, al Ministro de Gobierno y Policía. p. 465. [↑](#footnote-ref-587)
588. CGE. *Control*. Revista de la Contraloría General del Estado. No. 6, Septiembre de 1984. Oficio del 20 de agosto de 1984 al Alcalde de Quito. p. 40. [↑](#footnote-ref-588)
589. CGE. *Control.* Revista de la Contraloría General del Estado. No. 6, septiembre de 1984. Oficio al Alcalde de Quito del 20 de agosto de 1984. p. 40. [↑](#footnote-ref-589)
590. Pérez. E. *Ob. cit.* (1984). Oficio 17104 del 14 de noviembre de 1981, al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos. p. 87. [↑](#footnote-ref-590)
591. Citado por Escola. *Ob. cit.* (1977). p. 200. [↑](#footnote-ref-591)
592. Berçaitz. *Ob. cit.* p. 267. [↑](#footnote-ref-592)
593. Dromi. *Ob. cit*. (1995). p. 48. [↑](#footnote-ref-593)
594. PGE. Pérez. *Ob. cit*. PGE. Oficio 17104 del 14 de septiembre de 1981, al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos. p. 87. [↑](#footnote-ref-594)
595. Escola. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. p. 437. [↑](#footnote-ref-595)
596. PGE. *Boletín Jurídico*. Segunda Época. No. 2. Agosto de 1990. Oficio 0900.094 del 9 de enero de 1990, dirigido al Gerente del IETEL Regional 1. p. 137. [↑](#footnote-ref-596)
597. PGE, oficio citado. Dig. p. 88. y oficio 2571 de la PGE del 27 de septiembre de 1985, dirigido al Ministro de Gobierno y Municipalidades. *Boletín*, p. 186. [↑](#footnote-ref-597)
598. PGE *Boletín, No. 1,* oficio 28846 del 12 de julio de 1988, al Ministro de Gobierno y Policía. p. 465. [↑](#footnote-ref-598)
599. PGE. *Boletín Jurídico*. No. 1. p. 186. [↑](#footnote-ref-599)
600. CGE. *Control*. Septiembre de 1984. No. 6. p. 40. [↑](#footnote-ref-600)
601. PGE. *Boletín, No. 1.* Oficio 2571 del 27 de septiembre de 1985. p. 186. [↑](#footnote-ref-601)
602. PGE, oficio 2571 del 27 de septiembre de 1985, al Ministro de Gobierno y Municipalidades. *Boletín*, p. 186. [↑](#footnote-ref-602)
603. PGE. *Boletín, No. 1.* Oficio 2571 del 27 de septiembre de 1985. p. 186. [↑](#footnote-ref-603)
604. CGE. *Control*. p. 39. [↑](#footnote-ref-604)
605. Jèze, Gastón. *Ob.cit*. T. IV. Teoría General de los Contratos de la Administración. *Ob.cit*, 1950. p. 53. [↑](#footnote-ref-605)
606. Moreno, O. *Contratos Administrativos.* (Legislación y Jurisprudencia). Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1978. p. 374. Sentencias del Tribunal Supremo del 22 de enero de 1975 y del 9 de marzo de 1966. [↑](#footnote-ref-606)
607. PGE. *Boletín No. 1.* Oficio 16934 del 10 de marzo de 1987 al Subsecretario de Gobierno. p. 463. [↑](#footnote-ref-607)
608. PGE. *Boletín, No. 2*. Oficio 0900.094 del 9 de enero de 1990 al Gerente del IETEL-1. p. 137. [↑](#footnote-ref-608)
609. PGE. *Boletín, No. 1.* Oficio 2571 del 27 de septiembre de 1985 al Ministro de Gobierno y Municipalidades. p. 185-186. [↑](#footnote-ref-609)
610. PGE. *Boletín No. 1.* Oficio 16934 del 10 de marzo de 1987 al Subsecretario de Gobierno. p. 463. [↑](#footnote-ref-610)
611. PGE. *Boletín, No. 2.* Oficio 7.761-SAJ-10-39 del 24 de abril de 1989 al Ministro de Salud Pública. [↑](#footnote-ref-611)
612. PGE. Oficio 25677 de 1982 al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos. [↑](#footnote-ref-612)
613. Citado por Escola. *Ob. cit.* T. I. (1977). p. 276. [↑](#footnote-ref-613)
614. Escola. *Ob. cit.* T. I. (1984). p. 583. [↑](#footnote-ref-614)
615. Canasi. *Ob. cit.* V. II. p. 717. [↑](#footnote-ref-615)
616. Martín Mateo y Sosa. *Ob. cit.* [↑](#footnote-ref-616)
617. Art. 118 de la *Constitución Política*: “Art. 118.- Son instituciones del Estado: 3. Los organismos de control y regulación”. [↑](#footnote-ref-617)
618. *Constitución Política:* “Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes: 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 éstas puedan alterar o innovar las disposiciones legales”. [↑](#footnote-ref-618)
619. Art. 249, *Constitución Política*: “agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar”. [↑](#footnote-ref-619)
620. DS 07. Dispónese que representantes de organizaciones laborales integren los directorios de las instituciones del sector público RO Nº 3, del 14 de enero de 1976; DS 385. Reglamento para la aplicación del Decreto N° 07 de 5 de enero de 1976, relativo a la integración de los directorios de las instituciones del sector público, con representaciones de organizaciones laborales. RO Nº 37 del 4 de marzo de 1976. Estas normas disponían que las organizaciones de obreros que se hallaren legalmente constituidas, designarán, anualmente a uno de sus afiliados, para que integre la directiva de las instituciones del sector público a que pertenecen. Según el indicado Decreto Supremo esto aplicaba a las siguientes empresas públicas, hoy extinguidas,: ENPROVIT, IETEL (hoy sociedades anónimas EMETEL, ANDINATEL y PACIFICTEL), IEOS (suprimido, se traslada como dependencia del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda) Ferrocarriles del Estado, Autoridades Portuarias y Empresas Municipales de Agua Potable y de la desaparecida Superintendencia de Precios. En cambio, representantes de los campesinos tenían que incorporarse en los directorios de: Banco Nacional de Fomento, INERHI (hoy, parcialmente Consejo Nacional de Recursos Hídricos), Centro de Reconversión Económica del Azuay, Cañar y Morona Santiago (CREA), Centro de Rehabilitación de Manabí (CRM), y Comisión de Estudios de la Cuenca del Guayas (CEDEGÉ). La derogada Ley de creación del INGALA disponía que uno de los miembros del Directorio será “un profesional delegado de las Escuelas de Ciencias Naturales de las Universidades del País, nombrado por los rectores (RO Nº 131 del 21 de febrero de 1980). [↑](#footnote-ref-620)
621. Art. 135 de la *Constitución:* “Prohíbese a los diputados… integrar directorios de otros cuerpos colegiados de instituciones o empresas en las que tenga participación el Estado”. [↑](#footnote-ref-621)
622. *Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público*. Art. 53 de la *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*. Codificación 2005-008. RO Nº 16, 12 de mayo de 2005. [↑](#footnote-ref-622)
623. Arts. 33 de la *Ley de Presupuestos del Sector Público,* 58 de la *LOAFYC* y Disposiciones Generales que contienen similares o idénticas normas se establecen en las leyes de Presupuesto del Estado de todos los años. [↑](#footnote-ref-623)
624. Arts. 258 y 259 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-624)
625. L. 122. *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público*. SRO Nº 453 del 17 de marzo de 1983. Art. 2. [↑](#footnote-ref-625)
626. *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público.* Art. 2: “(cuarto inciso) Los presupuestos de la Superintendencia de Bancos, Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, Corporación Financiera Nacional, Banco de Desarrollo del Ecuador (hoy, Banco del Estado), Junta Nacional de la Vivienda (fusionado con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda), Banco Ecuatoriano de la Vivienda y el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, serán presentados a consideración y aprobación del Directorio del Banco Central, previa resolución favorable de la máxima autoridad o directorio de cada una de estas entidades”. [↑](#footnote-ref-626)
627. L. 52. *Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.* SRO Nº 439 del 12 de mayo de 1994, con varias reformas. Art. 177. [↑](#footnote-ref-627)
628. *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público.* Art. 2, 5 inciso. [↑](#footnote-ref-628)
629. Art. 214 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-629)
630. Art. 7 de la *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Codificación 2004-015. RO Nº 312, 13 de abril de 2004. [↑](#footnote-ref-630)
631. Arts. 106 y 59 de la *Ley de Contratación Pública.* [↑](#footnote-ref-631)
632. Art. 259 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-632)
633. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Suplemento RO Nº 862 del 28 de enero de 1992. [↑](#footnote-ref-633)
634. Arts. 79-81 de la *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. [↑](#footnote-ref-634)
635. Of. PGE N° 8548 del 26 de enero de 1998. [↑](#footnote-ref-635)
636. González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955. Tomo I, p. 47. [↑](#footnote-ref-636)
637. Dromi. *Ob. cit*. (1985). p. 32. [↑](#footnote-ref-637)
638. Gordillo. *Ob.cit*. VIII-8, Tomo II. Diké. Bogotá, 1998. p.9. [↑](#footnote-ref-638)
639. Art. 3, e). [↑](#footnote-ref-639)
640. Art. 18, último inciso. *Ley de Modernización*. [↑](#footnote-ref-640)
641. *Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa:* “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-641)
642. Dromi. *Ob. cit.* (2004). p. 361. [↑](#footnote-ref-642)
643. *Ibídem*. p. 464. [↑](#footnote-ref-643)
644. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. *Boletín Nº 8*. Año 1978, Quito. pp. 167-168. [↑](#footnote-ref-644)
645. Palazzo, José Luis; Sesín, Domingo Juan y Rolón, Lembeye Víctor Armando. *La Transformación del Estado. Tendencias Actuales. Innovaciones en el derecho italiano y europeo.* Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 76. [↑](#footnote-ref-645)
646. *Nuevas Normas en Materia de Procedimiento Administrativo y Derecho de Acceso a los Documentos Administrativos.* Ley del 7 de agosto de 1990, Nº 241. Art. 17: “1. Ove per disposizione espressa di legge o di regolamente sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite la valutazione techniche (...)”, conforme publicada en: Italia, Vittorio y Mario Bassani. *Procedimento Amministrativo e Dirito di Accesso ai Documenti.* Giuffrè Editore. Milán, 1991. [↑](#footnote-ref-646)
647. Canasi. *Ob. cit*. V. II. p. 271. [↑](#footnote-ref-647)
648. Codificación 2004-019. RO Nº 418: 10-sep-2004. [↑](#footnote-ref-648)
649. Art. 150, 4. *ERJAFE.* [↑](#footnote-ref-649)
650. Gordillo. *Ob. cit.* (1987). T. 3. p. X-7. [↑](#footnote-ref-650)
651. Laubadère; Venezia y Gaudemet. *Ob. cit*. T. 1. pp. 607-608. [↑](#footnote-ref-651)
652. Gordillo*.* Ob. cit*. T. 3. (1987). p. X-8. concordante con* Dromi*.* Ob. cit*. (2004). p. 377 y* Escola*. Ob. cit. (1981). 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.* [↑](#footnote-ref-652)
653. Art. 24, 13. de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-653)
654. Díez. *Ob. cit*. T. II. p. 260. [↑](#footnote-ref-654)
655. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit*. (2004). T. I. p. 524. [↑](#footnote-ref-655)
656. Dromi. *Ob. cit*. (2004). p. 377. [↑](#footnote-ref-656)
657. Díez. *Ob. cit.* T. II. p. 259. [↑](#footnote-ref-657)
658. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. *Boletín Oficial* N° 8. Quito, 1978. pp. 167-168. [↑](#footnote-ref-658)
659. Of. PGE 29864 del 7 de febrero de 1996. [↑](#footnote-ref-659)
660. Díez. *Ob. cit.* T. V. p. 232. [↑](#footnote-ref-660)
661. Escola.*Ob. cit*. (1981). p. 133. [↑](#footnote-ref-661)
662. Código de Procedimiento Civil. Art. 114, § 1º. [↑](#footnote-ref-662)
663. Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Depalma. Buenos Aires, 1966. p. 227. [↑](#footnote-ref-663)
664. Gordillo. *Ob. cit*. (1988). T. 4.1. p. VII-5. [↑](#footnote-ref-664)
665. Lovato, Juan I. *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil* Ecuatoriano. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1962. T. III. pp. 203-204. [↑](#footnote-ref-665)
666. *Ibídem*. T. VII. p. 388. [↑](#footnote-ref-666)
667. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-667)
668. Puig Vilazar, Carlos. *Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano*. Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1967. T. II. p. 234. [↑](#footnote-ref-668)
669. Gordillo. *Ob. cit*. (1988). T. 4.1. p. VII-28. [↑](#footnote-ref-669)
670. Ley 241 italiana. *Ver datos más arriba.* Art. 18, 2. [↑](#footnote-ref-670)
671. DE 1103. *Reglamento Reformatorio y Codificatorio de la Ley de Consultoría*. Registro Oficial No. 204, 7 de Febrero del 2006. [↑](#footnote-ref-671)
672. Larrea Holguín, Juan I. *Derecho Constitucional Ecuatoriano.* Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1981. p. 193-194. [↑](#footnote-ref-672)
673. Sarmiento, Germán. *Las Acciones Populares en el Derecho Privado Colombiano.* Banco de la República. Bogotá, 1988. El Art. 1005 del Código Civil colombiano tiene idéntica redacción que el Art. 990 del *Código Civil* ecuatoriano. [↑](#footnote-ref-673)
674. Larrea. *Ob. cit*. p. 195-196. [↑](#footnote-ref-674)
675. L. 16. RO Nº 143 del 7 de marzo de 1989. [↑](#footnote-ref-675)
676. Gordillo. *Ob. cit*. (1986). T. 2. XVII-16, citando a González Pérez. [↑](#footnote-ref-676)
677. Ley 241. Art. 20. [↑](#footnote-ref-677)
678. Derogada por *Ley Orgánica del Ministerio Público*. RO Nº 26 del 19 de marzo de 1997. [↑](#footnote-ref-678)
679. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. 20a. S., 20 de julio de 1989. EMELEC-Ministro de Energía y Minas. *Boletín Oficial* Nº 9; y TCA. S. Única, 14 de febrero de 1969. Palacios-Ministro de Educación y Hurtado-Ministro de Finanzas. Tomado de: Espinoza, Galo. *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa.* Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Quito, 1992. [↑](#footnote-ref-679)
680. Norma dirimente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: “Dispónese que no es necesario cumplir con los requisitos que puntualiza el Art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, como previos, para incoar acción de impugnación de un acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. RO Nº 476 del 10 de julio de 1986. [↑](#footnote-ref-680)
681. PGE Nº 12191 del 9 de mayo de 1994. *Boletín Jurídico* Nº 7. Consultas Jurídicas. Quito, 1996. p. 94. [↑](#footnote-ref-681)
682. TCA. *Resolución del Tribunal en Pleno*. SRO Nº 476 del 10 de julio de 1986. [↑](#footnote-ref-682)
683. Gordillo. *Ob. cit*. (1986). T. 2. p. XVII, 41. [↑](#footnote-ref-683)
684. Escola. *Ob. cit*. (1981). p. 206. [↑](#footnote-ref-684)
685. Couture. *Ob. cit*. pp. 192-193. [↑](#footnote-ref-685)
686. República de Italia. Ley 241. *Procedimento Amministrativo e Diritto di Accesso ai Documenti*. Arts. 13, 22-28. [↑](#footnote-ref-686)
687. *Código de Procedimiento Civil*, Arts. 337 y 990. [↑](#footnote-ref-687)
688. *Ibídem.* Art. 337. [↑](#footnote-ref-688)
689. *Ibídem*. Art. 896. [↑](#footnote-ref-689)
690. Art. 18 de la *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. [↑](#footnote-ref-690)
691. *Código de Procedimiento Civil*. Art. 876. [↑](#footnote-ref-691)
692. Art.16 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. [↑](#footnote-ref-692)
693. *Ibídem* , Art. 17. [↑](#footnote-ref-693)
694. Procuraduría General del Estado. *Boletín Jurídico* N° 3. Segunda época. Quito, agosto 1991. pp. 92-94. [↑](#footnote-ref-694)
695. L. 95. *Ley de Contratación Pública*. RO Nº 501 del 16 de agosto de 1990. [↑](#footnote-ref-695)
696. Of. PGE. Nº 12191 del 9 de mayo de 1994. *Boletín Jurídico* N° 7. Consultas Jurídicas. Quito, 1996. p. 96. [↑](#footnote-ref-696)
697. DS 1077. RO Nº 392 del 17 de septiembre de 1973. [↑](#footnote-ref-697)
698. Oficio PGE 18204 del 12 de diciembre de 1994, dirigido al Gerente General del Banco del Estado. *Boletín Jurídico* N° 5. p. 148. [↑](#footnote-ref-698)