COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO

LIBARDO RODRÍGUEZ R. (Director)

Volumen I

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

CARLOS DELPIAZZO (Coordinador)

Volumen en homenaje al profesor Diogo de Figueiredo

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURíDICAS

IIDA INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

editorial jurídica venezolana

COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO COMPARADO

LIBARDO RODRÍGUEZ R.
(Director)

VOLUMEN I

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

CARLOS DELPIAZZO
(Coordinador)

Volumen en homenaje al profesor
DIOGO DE FIGUEIREDO

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2018

PÁG.

3. Los medios contemporáneos de control: la represión como mecanismo eficaz 175
A) El control penal: la dudosa eficacia de la "ultima ratio" 175
B) El control disciplinario: ¿una visión excesiva del control? 177
C) El control fiscal: entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad sancionatoria 181

COSTA RICA

CONTROL DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

ERNESTO JINESTA L.

1. Introducción 187
2. Control de legalidad y de oportunidad en vía administrativa 188
A) Control de legalidad 188
B) Control de la discrecionalidad 190
3. Control de la legalidad y discrecionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa 191
4. Control de la infracción de los derechos fundamentales y humanos por las administraciones públicas en el proceso de amparo 195
5. Control de constitucionalidad de cualquier norma administrativa y acto sujeto al derecho público 198
6. Control presupuestario, de la hacienda pública y de la contratación pública 199
7. Control interno 199
8. Control contra la corrupción administrativa 201
9. Control por la Defensoría de los Habitantes 202
10. Control político por la Asamblea Legislativa 203

ECUADOR

LA ACTIVIDAD ESTATAL DE CONTROL EN ECUADOR

EFRAÍN PÉREZ

1. Introducción 207
A) Las instituciones del ejecutivo 207
B) La cuarta función del Estado 207
C) El poder legislativo 207
2. Antecedentes 207
A) La historia del control en Ecuador 208
a) La hacienda pública y lo contencioso tributario 208
b) La legislación hacendística y los antecedentes de normativa legal presupuestaria, de contratación y de función pública 209
B) La tutela 210
a) Antecedentes de la tutela administrativa 210

PÁG.

b) La tutela en Ecuador 211
c) Instrumentos de la tutela 212
C) El sistema de control en las constituciones ecuatorianas 213
D) Sector público, servicio público y Administración Pública en la Constitución 217
E) Atribuciones constitucionales a organismos que ejercen la potestad de control 218
F) Los organismos de transparencia y control social 219
3. El control en Ecuador 220
A) El control de la administración pública sobre las entidades públicas 220
a) El directorio 220
b) Nombramiento de altos directivos 222
c) El nombramiento de personal 223
B) La responsabilidad patrimonial del servidor público 223
a) Fijación de remuneraciones y celebración de contratos colectivos de trabajo 226
b) Aprobación de las proformas presupuestarias 226
c) Instituciones que ejercen control en el interior del ejecutivo 227
C) Control que ejercen los órganos de control y regulación del Estado 228
a) Antecedentes de los órganos de control en Ecuador 228
b) Regulación. Elementos económicos y políticos. Ejecución legal y técnica jurídica. El fundamento de la regulación de las áreas estratégicas 229
c) Métodos de fijación del precio 230
D) Control de la función legislativa 232
a) Aprobación presupuestaria 232
b) Control político 233
E) Los controles electoral, constitucional, ciudadano y judicial 234
4. Conclusiones 235

ESPAÑA

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Abreviaturas utilizadas 241
1. Precisiones previas sobre el control 242
A) La función de control 242
B) El control en la Constitución 242
C) El control como categoría jurídico-pública 244
2. El control, en concreto, de la administración pública 245
A) El control jurídico interno: los recursos administrativos 245
a) Consideraciones generales 245

ECUADOR

LA ACTIVIDAD ESTATAL DE CONTROL EN ECUADOR

EFRAÍN PÉREZ

1. INTRODUCCIÓN

El control de actividades de la Administración Pública se efectúa: 1) al interior del ejecutivo; 2) mediante la función de transparencia y control social, y 3) las potestades que desempeña la función legislativa. Cabe también señalar los controles electoral, constitucional y ciudadano.

A) *Las instituciones del ejecutivo*

Se describen la forma como diferentes instituciones del ejecutivo ejercen actividades de control. Las "agencias de control" del ejecutivo comprenden el Ministerio de Economía y Finanzas[1].

B) *La cuarta función del Estado*

La "cuarta función" del Estado: la función de transparencia y control social, integrada por el "Consejo de Participación Ciudadana y Control Social", las superintendencias y la Procuraduría General del Estado.

C) *El poder legislativo*

El poder legislativo —la Asamblea Nacional— ejerce control político y también económico mediante la aprobación del Presupuesto General del Estado y de los presupuestos institucionales.

2. ANTECEDENTES

Las unidades administrativas se han sucedido con variados nombres en Ecuador, incluso en instituciones que conservan sus competencias originales. Esto es especialmente cierto en los ministerios y sus asignaciones, que en Ecuador pueden ser creados, suprimidos o modificados por el ejecutivo, sin necesidad de la intervención del legislativo. Así, en los diez años que duró la Administración anterior creció grandemente el número de ministerios y secretarías, y se cambiaron sus competencias.

[1] Recientemente se denominaba *Ministerio de Finanzas y Crédito Público*, en la actualidad, *Ministerio de Economía y Finanzas http://www.finanzas.gob.ec/*

La tendencia general ha sido la de menguar la descentralización del Estado en beneficio de centralizar, que se justifica con una alegada desconcentración.

El actual gobierno, que marca el inicio de una nueva administración, no se visualiza que vaya a modificar esa directriz, aunque no es seguro que acentuará la tendencia centralizadora.

A) *La historia del control en Ecuador*

a) *La hacienda pública y lo contencioso tributario.* La Hacienda pública, en su competencia de recaudación de rentas públicas, desempeña un papel superlativo desde tiempos de la administración española. La administración fiscal estaba inicialmente compuesta por una Contaduría, que después se transforma en un Tribunal de Cuentas, al estilo español. Desde 1929, la Contraloría General asume en Ecuador el papel que hasta entonces desempeñaba el Tribunal de Cuentas. Su competencia es de índole administrativa, de modo que se puede recurrir de sus decisiones en sede judicial, ante el tribunal respectivo. Originalmente el Tribunal de Cuentas fue básicamente una jurisdicción de la función ejecutiva, con el apoyo de funcionarios "revisores". Más adelante, con el nombramiento de sus magistrados a cargo del Congreso, se integran en la función judicial. En 1959 se instituye en Ecuador el Tribunal Fiscal[2], reconocido por la Constitución de 1967 para la resolución de las cuestiones contencioso-tributarias.

La Ley Orgánica de Hacienda de 1927 "suprime los tribunales de cuentas e instituye en su lugar un órgano que se caracteriza por reunir la doble calidad de juez de Hacienda Pública y de vigilante de la regularidad de las normas que deben aplicar el presupuesto: ese órgano es el contralor general del Estado, titular de la Contraloría General del Estado". Esta ley "conceptúa a la Contraloría como 'Oficina de Contabilidad e Intervención Fiscal', y le asigna la calidad de independiente de cualquier ministerio, departamento u oficina del poder ejecutivo"[3]. En los juicios de cuentas, "[e]l contralor general tiene jurisdicción privativa para conocer de las cuentas de los funcionarios, empleados y agentes de Hacienda, de las municipalidades y demás instituciones de derecho público, obligadas a rendir cuenta" (art. 219); y "[l]as decisiones del contralor general, en todo lo concerniente a contabilidad, fiscalización y juzgamiento de cuentas, dentro de las facultades de la Contraloría, serán definitivas". La Ley Orgánica de Hacienda expedida el año siguiente, en 1928, ratifica sin mayores cambios las funciones atribuidas a la Contraloría. La Constitución de 1929 "dispone que el contralor sea designado por el Congreso sobre la base de terna enviada por el presidente de la República",

[2] DLE 10. RO 847 de 19 de junio de 1959.

[3] Borja y Borja, "Informe sobre la Codificación de la Ley Orgánica de Hacienda", en *Boletín Jurídico, Órgano de la Comisión Legislativa,* t. II, Quito, Editorial Santo Domingo, 1960, págs. 323 y 327.

mientras que con anterioridad, la Ley Orgánica de Hacienda determinaba el nombramiento del contralor a cargo del ejecutivo por un período de seis años[4]. En 1935 se regresa la Contraloría, por decreto supremo, a la "dependencia del Ministerio de Hacienda [...] a cargo de un director, [...] nombrado por el ministro de Hacienda"[5]. Las Constituciones de 1945, 1946 y 1967 califican a la Contraloría General como "autónoma en sus funciones administrativas" (arts. 138, 154 y 226, respectivamente). Sus actuales competencias constan en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP) y en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE).

La Constitución vigente, de 2008, define la Contraloría General del Estado como "organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos"[6] y la integra en la Función de Transparencia y Control Social.

b) *La legislación hacendística y los antecedentes de normativa legal presupuestaria, de contratación y de función pública.* La normativa hacendística ecuatoriana constó desde 1830 (en que Ecuador se separó de Colombia) en las sucesivas versiones de la Ley de Hacienda. La Ley Orgánica de Hacienda, de 1869, con sus reformas sucesivas rigió durante el primer tercio del siglo XX, hasta 1927, en que se expide una nueva ley con el mismo nombre, a lo que se hace referencia líneas arriba. Además, su contenido incluyó provisiones sobre presupuestos públicos, funcionarios públicos y contratación pública. Esta ley es sustituida el año siguiente, de 1928, por otra del mismo nombre y con similar contenido. Su última codificación, de 1975, fue reemplazada por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), de 1977, sustituida a su vez por el vigente Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. El empleo público, tuvo su ley específica, aunque inaplicada, desde 1952, con la Ley de Carrera Administrativa, hoy Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP).

La contratación pública adquiere su cuerpo legal propio a partir de la Ley de Licitación de 1964, en la actualidad Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública. Además de los procedimientos normados por esta ley, existen variadas leyes que regulan diferentes contrataciones, que se han tratado de recoger en el reglamento de la LOSNCP. Finalmente, la Ley de Presupuestos del Sector Público, de 1993, contempla la materia presupuestaria, que hasta esa fecha se reguló conforme las normas contenidas en la Ley Orgánica de Hacienda y después en la LOAFYC y en múltiples normas reglamentarias y administrativas. Posteriormente, también sobre temas financieros y especialmente

[4] *Ibidem*, pág. 337.

[5] DS 431. RO 11 de 10 de octubre de 1935, art. 1º.

[6] Art. 211, CRE.

de endeudamiento público se expidió la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, en 2002. El vigente Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas cubre ahora estas materias.

B) *La tutela*

a) *Antecedentes de la tutela administrativa*. El origen de la denominación de "tutela" viene del derecho francés: en el siglo XIX se afirmó que "es necesario que los contratistas y empresarios que traten con los municipios sepan que lo hacen con incapaces"; asimilando así la figura de la tutela de los incapaces del Código Civil a las entidades del Estado[7]. Esta concepción, aplicada a todas las personas jurídicas, es recogida por ANDRÉS BELLO y por el Código Civil ecuatoriano, que en su artículo 1463, sobre la incapacidad relativa dice: "Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas".

La definición clásica de tutela proviene de MASPETIOL y LAROQUE, para-quienes la tutela "es el conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos con el fin de proteger el interés general"[8].

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

La contraparte de la relativa "independencia" de las entidades públicas y de las empresas públicas son los controles que sobre ella ejercen las tres funciones del Estado por medio de la tutela. El control es consustancial con la existencia de la entidad pública y de la empresa pública. Así, para GARRIDO FALLA "[b] astará el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan a la Administración pública de que se trate: si estos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización estatal"[9]. En el mismo sentido, MARTÍN MATEO dice: "es solo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública"[10].

Las empresas públicas estructuradas como dependencias públicas y no como personas jurídicas de derecho público o de derecho privado están sometidas al poder jerárquico y no a la tutela estatal. Empezando por los controles que ejerce la administración pública, de nuevo hay que distinguir entre la empresa pública que es una dependencia de la administración, de aquella que es una

[7] ÁLVARO TAFUR, *Las entidades descentralizadas*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 224.

[8] *Ibidem.*

[9] FERNANDO GARRIDO FALLA, ALBERTO PALOMAR OLMEDA, HERMINIO LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2005, v. I, pág. 394.

[10] RAMÓN MARTÍN MATEO y FRANCISCO SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1977, pág. 111.

entidad, es decir que tiene personalidad jurídica de derecho público. La empresa pública en dependencia —sin personalidad jurídica— se asimila para sus controles a las demás oficinas del Estado, en donde el jefe o autoridad máxima respectivos ejercen su poder jerárquico. Algo diferente ocurre en las empresas públicas que son entidades, con personalidad jurídica propia, puesto que en estas el control de la administración asume un procedimiento diferente: la tutela administrativa.

La Constitución caracteriza los aspectos de la tutela de la empresa pública en Ecuador: las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica de derecho público, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con elevados índices de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales[11].

b) *La tutela en Ecuador*. La contraparte de la relativa autonomía de las entidades y empresas públicas son los controles que sobre ellas ejercen el ejecutivo y las otras funciones del Estado. El control es consustancial con la existencia de la descentralización administrativa y de su instrumentación que son las entidades y las empresas públicas.

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, en la doctrina se impone el requerimiento de un control autónomo sobre el desempeño de las prestaciones. En Europa se considera que esta regulación debe provenir de 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 mediante empresas públicas (arts. 313 y 314, CRE), a lo que se hace referencia al final de este ensayo, pero que en Ecuador son reguladas por el ejecutivo.

La justificación de estructura autónoma del control y de la regulación se acentúa en caso de prestaciones de empresas y de instituciones públicas.

La tutela sobre la "adscripción" se manifiesta por el control por medio de:

- La integración de los directorios (que aprueban los presupuestos y los reglamentos, nombran a los directivos, autorizan gastos que exceden de cierta cantidad);
- El control de personal que pueda organizar en la actualidad el Ministerio de Trabajo;
- La planificación de Senplades y el Ministerio de Economía (que aprueban y priorizan los proyectos de inversión y califican la estructuración presupuestaria);

[11] Art. 315, Constitución.

• La Contraloría General del Estado (en el examen del uso de los fondos públicos);

• La Procuraduría General del Estado (en la obligación de remitirle los contratos celebrados y someterse al examen posterior).

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

Debe añadirse que en las entidades adscritas que funcionan como empresas públicas se nota en la actualidad una regresión de una tendencia que en un momento incluyó la integración de los directorios con miembros del sector privado, principalmente de corporaciones profesionales, laborales o del sector productivo.

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

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

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

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

c) Por el objeto: 1) de personas y 2) de actividades.

d) Por la localización orgánica: 1) controles horizontales (intraorgánicos y extraorgánicos), y 2) verticales[12].

c) *Instrumentos de la tutela.* Los instrumentos de control y regulación de la administración pública se encuentran repartidos entre los cinco poderes del Estado, que se establecen en Ecuador en la Constitución 2008: legislativo, ejecutivo, judicial y justicia indígena, transparencia y control social y electoral; además del control que corresponde a la Corte Constitucional. También, en repetidas ocasiones el texto constitucional alude en general al control de las "organizaciones sociales".

El establecimiento de la función de transparencia y control social se origina en una tendencia reciente que atribuye diferentes representantes de la sociedad civil o de la ciudadanía determinadas facultades para intervenir en ciertos aspectos de la actuación del Estado.

Asimismo, existen órganos de control y regulación con una relativa autonomía que se integran dentro de la función de transparencia y control social, además del control electoral que atañe a la función electoral.

"Los organismos de control y regulación" de la función de transparencia y control social son: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría Ge-

[12] ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo económico*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1979, pág. 556.

neral del Estado, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las Superintendencias y el Banco Central del Ecuador. Estas entidades tienen competencia para expedir normas generales obligatorias, en las áreas de su competencia, previa regulación por la asamblea legislativa[13].

Sin referencia específica a una entidad u órgano del ejecutivo, se le atribuye a este y a la vigilancia de las organizaciones sociales, competencia y responsabilidad en el control de la provisión de servicios públicos, así como de la prestación de servicios de salud[14] y educación, sobre las empresas públicas.

Entre los órganos de control interior del ejecutivo, además de las agencias específicas, se encuentran: los ministerios de Trabajo y de Economía y los directorios institucionales, así como los delegados del ejecutivo al interior de los cuerpos colegiados existentes.

La participación de la ciudadanía consta en la normativa constitucional en el derecho de petición, la defensa del consumidor, la conservación de la biodiversidad y del medio ambiente y la Constitución se refiere al control ciudadano de variados otros aspectos de la actuación de los órganos públicos. El sustento legal de tales participaciones se encuentra principalmente en la Constitución, en el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Erjafe), en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información (Lotaip), y en el Código Orgánico del Ambiente[15].

C) *El sistema de control en las constituciones ecuatorianas*

En el texto constitucional vigente consta una definición clara del que podríamos denominar sistema de control, que abarca varias instituciones y dos grandes espacios de ejercicio.

[13] CRE: Art. 132. "La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: [...]. 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 puedan alterar o innovar las disposiciones legales".

[14] Art. 359. "El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social".

Art. 364. "Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco".

[15] Se encuentra aprobado por la Asamblea un Código Administrativo, y se encuentra promulgado el Código Orgánico Ambiental, que entrará en vigencia doce meses después de su publicación en SRO 983 12 de abril de 2017.

Son estos espacios el control de las instituciones públicas y el control de actividades que se considera esenciales para la sociedad, que la Constitución encarga a la función de transparencia y control social. En lo que se relaciona con el control, dice el segundo inciso del artículo 204:

"La función de transparencia y control social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad".

No nos interesa en este subtítulo el control de las actividades de interés público, que la Constitución asigna a las *superintendencias*, sino el que se ejerce sobre las entidades y organismos del *sector público*.

Este control sobre la actividad estatal se fundamenta en la necesidad de preservar el principio de legalidad, principio básico del derecho público que nuestra Constitución recoge en el primer inciso de su artículo 226[16], pero se expresa de múltiples maneras, desde el control de constitucionalidad que corresponde a la Corte Constitucional[17], hasta los controles que los superiores jerárquicos ejercen sobre la actividad de sus subordinados[18], pasando por el control político a cargo de la Asamblea Nacional[19] o el control de la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución asigna al defensor del pueblo[20].

En el lenguaje común existe, sin embargo, cierto acuerdo en considerar que la referencia a control, o a organismos de control, tiene que ver con la corrección en el manejo de los recursos públicos o con lo que podríamos denominar fiscalización administrativa, entendida en el viejo sentido de actividad de promoción de los intereses del fisco o, ya que recurrimos a la terminología clásica, del tesoro público[21].

Se trata, entonces, de un sentido implícito que nos ha llevado a usar un término genérico (organismos de control), cuando nos referimos a una clase específica del control: el que podemos llamar control gubernamental o control hacendario.

[16] CRE, art. 228. "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley".

[17] CRE, art. 429.

[18] Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, art. 77.

[19] CRE, art. 129.

[20] CRE, art. 215.

[21] Es bueno tomar en cuenta que autores como Dromi incluyen en la *fiscalización administrativa*, todas las actividades de control del Estado. Ver Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2009, págs. 997-1019.

Tradicionalmente, este control ha sido asignado por las constituciones ecuatorianas a la Contraloría General del Estado, a la que se incluyó siempre en un grupo general de instituciones públicas con competencias específicas y que el texto constitucional de 1998 calificó como instituciones de control.

Esta calificación fue el resultado de la forma en que ha ido evolucionando la regulación de esta materia desde la aparición del ministerio público, la Contraloría General y la Superintendencia de Bancos en la Constitución de 1929.

La Constitución de 1929 es la primera que menciona a estas instituciones. En ella se hace referencia expresa, en título aparte, al ministerio público, cuyo ejercicio se encarga al procurador general de la Nación (art. 134) y, si bien no se habla de la Contraloría General ni de la Superintendencia de Bancos, sí se regulan, en varios artículos, el nombramiento y las funciones del contralor y del superintendente (arts. 30, 50 num. 5, 105, 115 y 117 num. 11).

La Constitución de 1945 dedica un título al ministerio público, también a cargo del procurador general de la nación (tít. XI, arts. 134-136), y añade uno más en el que agrupa a la Contraloría General de la Nación y a la Superintendencia de Bancos (tít. XII, arts. 137-140).

Es la Constitución de 1946 la que incluye a todas estas instituciones en un solo título, el X ("Organizaciones varias") e incluye una sección dedicada al Consejo de Estado, otra al ministerio público a cargo del procurador (arts. 147-148) y una tercera a la Contraloría y a la Superintendencia de Bancos (arts. 148-152).

También la Constitución de 1967 agrupa a todas las instituciones a las que nos referimos en un título único, el X, que se denomina "Otros organismos del Estado", pero trata a la Contraloría y a la Superintendencia de Bancos en dos capítulos distintos e incluye una nueva superintendencia: la de Compañías.

La Constitución de 1978, impropiamente denomina el título IV como "Organismos del Estado", en el que se incluyen tres secciones, una que se refiere al Tribunal Supremo Electoral (art. 109); otra sobre la Procuraduría General del Estado, a la que se encarga del ejercicio del ministerio público (arts. 110-112); y una tercera que se denomina "organismos de control" y que incluye a la Contraloría General del Estado y a las superintendencias de bancos y de compañías (arts. 113-116).

Las reformas constitucionales, codificadas en 1996, mantienen idéntico tratamiento (tít. V, arts. 137-147), pero crean una sección especial destinada al ministerio público, de cuyo ejercicio se encarga al ministro fiscal general (arts. 141-142). Una reforma constitucional de julio de 1997 agrega un nuevo organismo de control: la Superintendencia de Telecomunicaciones (ley sin número, registro oficial 120, 31 de julio de 1997, hoy suprimida).

El texto constitucional de 1998 reitera la agrupación de todas las instituciones que se ha señalado en un mismo título, pero excluye el Tribunal

Supremo Electoral (actualmente Consejo Nacional Electoral) e incluye a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (suprimida), se refiere a las superintendencias de manera general y utiliza, para referirse a todas estas instituciones, la denominación organismos de control.

En resumen, las nuevas instituciones que surgieron a partir de la década de 1920 (el ministerio público a cargo de la Procuraduría General, la Contraloría y la Superintendencia de Bancos) fueron incluidas en un grupo único para su tratamiento constitucional, grupo que la Constitución de 1946 denomina, con mucha propiedad, "organizaciones varias" y la de 1967 pasa a llamar, también apropiadamente, "otros organismos del Estado". Igual cosa se hizo con las instituciones que surgieron posteriormente (las nuevas superintendencias, el ministerio público separado de la Procuraduría General del Estado y la Comisión de Control Cívico de la Corrupción).

La Constitución de 1978 habla únicamente de "organismos del Estado", como si no hubiera otros que deban recibir la misma denominación, pero se refiere ya a la Contraloría y a las superintendencias como organismos de control.

La Constitución de 1978, por último, transforma todas estas organizaciones varias de la Constitución de 1946 u otros organismos del Estado de la de 1967, en organismos de control.

En la Constitución vigente, se establece la función de transparencia y control social y, como parte de ella, se incluyen varios entes que ejercen determinados tipos de control. Son estos el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General, las superintendencias y la Defensoría del Pueblo[22].

La Contraloría General del Estado se creó al promulgarse la Ley Orgánica de Hacienda en el Registro Oficial 488, de 16 de noviembre de 1927. La creación del órgano de control significó la sustitución del sistema hasta entonces vigente, basado en el Tribunal de Cuentas.

Dos grandes momentos pueden establecerse en el desarrollo de la legislación reguladora de la Contraloría General: la época de las leyes de hacienda y la que siguió a la promulgación de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Durante la primera época, el sistema se basó, primero, en la Ley Orgánica de Hacienda de 1927, que fue sustituida al poco tiempo por la promulgada al año siguiente[23].

Esta ley, continuamente reformada, estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en 1977[24].

[22] Constitución de la República, arts. 204 y ss.

[23] Registro Oficial 753, de 27 septiembre 1928.

[24] La Ley Orgánica de Hacienda de 1928 sufrió múltiples reformas y fue codificada en tres oportunidades: registro oficial 261 de 31 julio 1948, suplemento del registro oficial 1202 de 20 agosto 1969, registro oficial 855 de 29 julio 1975.

La ley de 1928 encargó a la Contraloría General el control externo, sin que se hubiera concebido todavía la noción de control interno, aunque algunos de sus componentes estaban de algún modo presentes (la necesidad de rendir caución para el ejercicio de determinadas funciones, por ejemplo). El control comprendía, por una parte, control previo y concurrente (se exigía, para una serie de actividades, el pronunciamiento previo o la actuación concurrente de la contraloría) ,y por otra, el examen de las cuentas de las instituciones públicas.

Sobre este segundo ámbito, el control giraba alrededor de la noción de finiquito: la Contraloría debía revisar todas las cuentas de las instituciones del Estado y, como consecuencia de ello, declaraba que su manejo había sido correcto o formulaba las correspondientes glosas.

Luego de un proceso que incluyó una primera reforma integral a la Ley Orgánica de Hacienda[25], esta fue sustituida por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control[26] que, en el ámbito que nos ocupa, produjo un cambio radical en el concepto de control. Este dejó de basarse en la revisión de cuentas y el finiquito a partir de la presunción de corrección de las actuaciones de los servidores públicos.

El control se mantuvo, para el caso de la Contraloría, como control externo, pero se reguló adecuadamente el sistema de control interno. El control externo, por otra parte, pasó a ser fundamentalmente control posterior, quedando reducidos al mínimo los casos de control concurrente y posterior. La Contraloría actúa por medio de auditorías y exámenes especiales y, a partir de ellos, determina responsabilidades.

Este es el esquema que, en esencia, se mantiene vigente. En efecto, si la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control fue reemplazada en 2002 por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado[27], las diferencias entre una y otra tienen que ver más con detalles y precisiones, que con un nuevo enfoque del sistema de control; la nueva ley, por ejemplo, se refiere a la auditoría de gestión e introduce temas relacionados con la protección del ambiente.

D) *Sector público, servicio público y administración pública en la Constitución*

El control y la regulación se establecen como forma de control en las diferentes clases de mercados: mercado laboral, mercado financiero y concentración de capitales: la regulación del poder del mercado. El tema de las áreas estratégicas en la Constitución está vinculado con la cuestión del mercado y de la prestación de los servicios público por las empresas públicas[28]. Se contempla en forma excepcional la participación de la empresa privada.

[25] Decreto Supremo 1065, registro oficial 668 de 28 octubre 1974.

[26] Registro oficial 337 de 16 mayo 1977.

[27] Suplemento del registro oficial 595, de 12 junio 2002.

[28] CRE, art. 315. "Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley".

E) *Atribuciones constitucionales a organismos que ejercen la potestad de control*

La Constitución vigente es mucho más precisa que las que le antecedieron, a la hora de definir las entidades que pueden considerarse como de control. Como ya se dijo, todas se agrupan como parte de la función de transparencia y control social (la quinta función del Estado) y son las siguientes:

a) Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

b) Contraloría General del Estado.

c) Superintendencias.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la función judicial[29].

Si bien todas estas entidades tienen competencias de control, las que nos interesan en este acápite son aquellas que intervienen en el control hacendario[30]. El ámbito de control de las superintendencias es el de las actividades de interés social, y la Defensoría del Pueblo se relaciona con el control del respeto a los derechos de las personas.

En el esquema actual, los únicos órganos de control propiamente tales, esto es, que tienen competencias relacionadas con el control hacendario, son el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la Contraloría General del Estado, así como el Ministerio de Economía.

Ya nos referimos a las funciones de la Contraloría General y se definió que estas abarcaban cuatro temas:

a) Control por medio de "auditoría interna, auditoría externa y ... control interno".

b) Determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

c) Expedición de reglamentos en el ámbito de su competencia.

d) Asesoría a los órganos y entidades del Estado.

Vale la pena resaltar cómo se relacionan estas competencias con las del otro ente de control hacendario: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Este tiene tres grandes grupos de competencias:

a) Realiza actividades de control.

b) Sirve como instrumento para la elección de ciertas autoridades.

c) Promociona e impulsa la participación social.

[29] CRE, art. 178.

[30] Sin perjuicio de otras entidades y dependencias en diferentes áreas, como las instituciones encargadas del control de las áreas estratégicas: CRE, art. 291. "Los órganos competentes que la Constitución y la ley determinen realizarán análisis financieros, sociales y ambientales previos del impacto de los proyectos que impliquen endeudamiento público, para determinar su posible financiación. Dichos órganos realizarán el control y la auditoría financiera, social y ambiental en todas las fases del endeudamiento público interno y externo, tanto en la contratación como en el manejo y la renegociación.

Para los fines de este artículo, nos concentraremos en el primer grupo de competencias: el control.

Por mandato del artículo 208 de la Constitución de la República, los deberes y atribuciones de control del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social son las siguientes:

a) Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social (art. 208, 2, CRE). Esta competencia se relaciona con las asignadas en el ámbito de la participación ciudadana, pero permite establecer un esquema de control ciudadano, sobre la base de procesos de información y rendición de cuentas.

b) Investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten la participación ciudadana o generen corrupción (art. 208,4, CRE). Esta competencia es equivalente a la asignada a la Contraloría en materia de auditorías y exámenes especiales.

c) Emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan (art. 208,5, CRE). Esta competencia es paralela a la determinadora de responsabilidades que se asigna a la Contraloría General. Sin embargo, es sin duda de menor entidad, pues se trata solamente de establecer indicios de responsabilidad, y no la responsabilidad como tal, como consecuencias de los informes que emita.

d) Actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones (art. 208, 6, CRE). Se trata, en este caso, tan solo de una competencia de seguimiento, para asegurar la efectividad de las medidas adoptadas como consecuencia de sus investigaciones, como lo es la de protección a los denunciantes de actos de corrupción que consta en el número 7 del artículo 208 de CRE.

Para ejercer sus competencias, el Consejo puede "solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos" (art. 209, 8, CRE).

E) *Los organismos de transparencia y control social*

La función de transparencia y control social establecida en la Constitución 2008 tiene como órgano principal el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social[31] y cuenta además con la Contraloría General del Estado y las Superintendencias[32].

[31] CRE, art. 207.

[32] CRE, art. 213. "Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general".

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

La Ley Orgánica de Hacienda de 1927 establece que "el departamento bancario, establecido por la Ley General de Bancos de 1927, funcione como dependencia del Ministerio de Hacienda. [...] Según aquella ley, el departamento bancario estará dirigido por el Superintendente de Bancos, y encargado de la ejecución de las leyes relativas a estos"[33]. Lo mismo se ordena en la Ley Orgánica de Hacienda de 1928. Todas las constituciones, desde la de 1945, determinan que el nombramiento del superintendente de Bancos es función asignada al Congreso. Las Constituciones de 1946 y 1967 califican a la Superintendencia de Bancos como un "organismo" técnico y autónomo. La Superintendencia de Bancos controló determinado tipo de sociedades, hasta la creación de la Superintendencia de Compañías, que asume competencias para el control de todas las compañías, inclusive las de economía mixta.

La Superintendencia de Telecomunicaciones se crea en 1992[34]. En 1995 se añaden los extinguidos Consejo Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (Senatel), así como el Conartel; organismos todos ellos con sus propios regímenes administrativos, de personal, de remuneraciones y de contratación[35], aunque estas contrataciones especiales fueron suprimidas en 2008 con la unificación que estableció en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En 1996 se crea el Consejo Nacional de Electricidad (Conelec)[36] y se suprimen tales entidades.

Por otra parte el control que ejercían las entidades mencionadas se transfiere a una dependencia del Ministerio de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. En la actualidad, "[e]l control y administración de las empresas públicas nacionales" se incluye entre las competencias exclusivas del "Estado central"[37].

3. El control en Ecuador

A) *El control de la administración pública sobre las entidades públicas*

a) *El directorio.* Las entidades públicas ecuatorianas con personalidad jurídica de derecho público se encuentran adscritas a un ministerio, con la

[33] Borja, *op. cit.*, pág. 324.

[34] Ley 184. Ley Especial de Telecomunicaciones (derogada), RO 996 de 10 agosto 1992, Art. 34. Superintendencia de Telecomunicaciones: suprimida por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Disposición Final primera, SRO 439 de 18 febrero 2015.

[35] Ley 94. Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones, RO 770 de 30 agosto 1995 (derogada).

[36] Ley de Régimen del Sector Eléctrico, SRO 43 de 10 octubre 1996 (derogada).

[37] CRE, art. 261. 12.

excepción de ciertas entidades autónomas y financieras y, por supuesto, de los organismos de control, que pertenecen a otra función del Estado: la función de transparencia y control social.

Pero en todas las entidades 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 sus presupuestos anuales y conocimiento del informe anual de labores. Corresponde a la máxima autoridad institucional remitir al ente rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas (Sinfip) la proforma institucional[38].

En las entidades públicas ecuatorianas, los miembros de los directorios son generalmente ministros de áreas relacionadas con la actividad de la entidad a la que se encuentra adscrita. Hay pocos casos en que se incluyeron 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 fue una tendencia generalizada[39] que, en la actualidad se ha suprimido. Tampoco los interesados en alguna actividad podrán integrar los organismos de regulación y control correspondientes[40].

[38] COPFP, art. 102.

[39] DS 07. Dispónese que representantes de organizaciones laborales integren los directorios de las instituciones del sector público registro oficial 3, de 14 enero 1976; DS 385. Reglamento para la aplicación del decreto 7 del 5 enero 1976, relativo a la integración de los directorios de las instituciones del sector público, con representaciones de organizaciones laborales. registro oficial 37 de 4 marzo 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, convertido en sociedades anónimas Emetel, Andinatel y Pacifictel, hoy refundidos en la empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP (CNT), 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 (con posterioridad, Consejo Nacional de Recursos Hídricos, en la actualidad Secretaría Nacional del Agua (Senagua), los suprimidos 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 131: 21 de febrero de 1980. Todas estas normas se encuentran derogadas.

[40] CRE, art. 232. "No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan

El extinguido Consejo Nacional de Electrificación (Conelec), tenía entre sus integrantes un representante de los trabajadores del sector eléctrico y uno de las cámaras de la producción[41]. En la actualidad, un "profesional delegado permanente del presidente de la República" integra el directorio de Arconel[42].

Finalmente, en contadas entidades públicas se incluyó a diputados del Congreso Nacional en el directorio de la entidad. Esta práctica se encuentra prohibida expresamente por la Constitución vigente[43]. Resulta también negativa 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[44]. La práctica es que sea el ministro a cuyo cargo está adscrita la empresa quien escoja al candidato —de manera informal de acuerdo con el presidente de la República— y que si no hay objeciones el directorio confirme la designación y nombre al gerente designado.

b) *Nombramiento de altos directivos*. En general, no consta en las leyes respectivas que los nombramientos de otros altos directivos, principalmente subdirector o subgerente y director financiero de la entidad también los haga el directorio[45]. Pero la designación de altos directivos se realiza 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.

Con anterioridad, en todas las entidades y empresas públicas, el director o gerente, como representante legal, estuvo autorizado para suscribir contratos

---

intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.

"Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios".

[41] Art. 14, *Ley de Régimen del Sector Eléctrico* (derogada).

[42] Art. 14, *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*: El Arconel es un "organismo técnico administrativo encargado del ejercicio de la potestad estatal de regular y controlar las actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, precautelando los intereses del consumidor o usuario final".

[43] CRE, art. 127. "Las asambleístas y los asambleístas no podrán: [...] 3. Integrar directorios de otros cuerpos colegiados de instituciones o empresas en las que tenga participación el Estado".

[44] LOEP, art. 9, 13, para las empresas públicas.

[45] P. ej., Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (para todos los efectos, un directorio). Art. 14. "*Funciones*. La Junta tiene las siguientes funciones: ... 43. Nombrar al Gerente General del Banco Central del Ecuador".

adjudicados por un comité hasta por un monto especificado en la ley constitutiva de la entidad o autorizado para toda clase de contrataciones dentro de rubros determinados. En la actualidad la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, delega en la máxima autoridad la adjudicación de los contratos respectivos, sin límite ni requerimiento de autorización alguna.

c) *El nombramiento de personal.* La selección, nombramiento, promoción y en general administración de recursos humanos de las instituciones públicas es de la competencia de las respectivas unidades de cada dependencia o entidad pública (UATH, en la LOSEP).

Para el nombramiento de personal es indispensable que exista la descripción del puesto en el Reglamento Funcional respectivo, la partida presupuestaria correspondiente y que la misma tenga financiamiento, conforme el presupuesto institucional aprobado, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, conforme el COPFP.

En los cargos públicos que requieren de cauciones para su ejercicio, ejerce el control la Contraloría General del Estado.

B) *La responsabilidad patrimonial del servidor público*

El artículo 11 de la Constitución vigente, en concordancia con Cartas anteriores, dispone la repetición contra los servidores por cuyos actos se haya condenado al Estado a reparar a los particulares[46]. También determina la responsabilidad de los servidores públicos encargados del control ambiental por los daños ambientales ocasionados por los operadores privados[47]. Su texto es el siguiente:

"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

"[...] El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

"El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

"El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

"Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y,

[46] CRE, art. 11, cuatro últimos incisos.

[47] CRE, art. 397.

declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos"[48].

[48] "[...] 3.1. El primer inciso del artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que «[l]a repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos». Para el trámite de esta acción, el artículo 68 de la referida ley, de manera expresa, dispone que el órgano ante quien se debe presentar la demanda es la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial respectiva; y, el 71 señala el trámite que esta deberá sustanciar. No queda, por tanto, duda alguna [de] que la jurisdicción competente para conocer y resolver acciones de repetición en el contexto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la contencioso administrativa; y, si el demandante invocó esa ley como fundamento a su demanda, debió ser observada por el tribunal de instancia, que tiene un mayor alcance que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por tanto, es impertinente el fundamento que asume el tribunal *a quo* para su inhibición en el literal b) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 3.2. La disposición transitoria cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que «[l]os actuales tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las cortes provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código. La interpretación lógica de esta norma es que los actuales tribunales distritales de lo contencioso administrativo también tienen la competencia señalada en la citada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; pero, además, la competencia general que el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado contiene incluso desde antes de la vigencia de la ley orgánica referida. En efecto, esta disposición establece que «[l]os tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa». Es pertinente concluir, entonces, que el tribunal de instancia con su tesis se apartó de una correcta apreciación de las normas jurídicas aplicables al caso" (recurso de casación 100-2010, resolución 18-2013, Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua, MMT, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo) en el juicio No. 21018-LE, contra el auto expedido el 19 de enero de 2010 por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, que resolvió inhibirse del conocimiento de la acción de repetición iniciada en contra JERP y EGMG Edgar Geovani Moncayo Gallegos en sus calidades de ex presidentes del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior Conea).

El Código Orgánico de la Función Judicial norma la "repetición de lo pagado por el Estado" más los intereses y costas —en forma solidaria cuando existen varios responsables— corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo a competencia para la reclamación de los particulares por falta o deficiencia de los servicios públicos o por "acción u omisión" de servidoras públicas en el desempeño de sus cargos.[49] El recurso de casación de estos fallos es conocido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.[50]

Corresponde a las servidoras demostrar en el respectivo proceso "que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a un caso fortuito o a fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica". Si el servidor acusado no justifica su conducta, el Consejo de la Judicatura dispone la iniciación del procedimiento coactivo para recabar que la servidora reembolse los valores que corresponda desembolsar al Estado.[51]

Estas causas de indemnización para efectos de la repetición que instaure la Administración contra servidos públicos son conocidas por los tribunales de lo contencioso administrativo[52].

Las disposiciones sobre "responsabilidad de las administraciones públicas" son de cumplimiento facultativo para los ciudadanos, que dispone un procedimiento administrativo previo para las reclamaciones y determina que "[s]erán indemnizables los daños causados a las personas cuando estas no tengan la obligación jurídica de soportarlos"[53] no son de obligatorio cumplimiento previo para proceder por la vía judicial, a pesar de lo ahí dispuesto (si "niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses"), puesto que no es obligación del ciudadano agotar la vía administrativa, según lo dispuesto en la Ley de Modernización[54].

Las normas constitucionales y legales citadas establecen la *responsabilidad objetiva del Estado* también denominada *responsabilidad sin falta* o *responsabilidad estricta*, es decir que basta que el daño se haya realizado, aunque sea ocasionado por el *riesgo* incurrido o simplemente haya sido accidental, siempre, por supuesto, que se establezca el vínculo causal. En cambio, para que el Estado reclame la repetición contra los servidores se requiere el *dolo*

[49] Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), art. 217, 6.

[50] COFJ, art. 185, 6.

[51] COFJ, art. 33.

[52] COFJ, art. 217, 14.

[53] Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Erjafe, art. 211.

[54] Ley de modernización, art. 38.

o la *negligencia*, cuya prueba de descargo corresponde al servidor respectivo (inversión de la carga de la prueba), en el proceso contencioso administrativo, según lo dispuesto por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[55].

a) *Fijación de remuneraciones y celebración de contratos colectivos de trabajo*. En la actualidad le corresponde al Ministerio de Trabajo el ejercicio de determinadas potestades que antes ostentaba la extinguida SENRES en la determinación de normativas sobre selección, nombramiento y remuneración de servidores de la administración pública, sin perjuicio de que, como se expresó líneas arriba el ejecutivo retenga la competencia para la selección, nombramiento y promoción de los funcionarios de la administración pública.

Estas potestades las ejerce el Ministerio de Trabajo en coordinación con las unidades de administración de talento humano de cada institución pública.

Las entidades y organismos del sector público, entre los que se incluyen las entidades y empresas públicas, que tienen 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[56], respecto de la finalidad real de financiar los egresos que demanden tales instrumentos, conforme a lo determinado en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP).

Los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) no están sometidos a las normativas y supervisión del Ministerio de Trabajo, sino a sus propias normas, sin perjuicio del control que ejerce la Contraloría General del Estado (LOSEP).

b) *Aprobación de las proformas presupuestarias*. Las medidas de control en esta materia se encuentran en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP).

El ejecutivo presenta a la Asamblea Nacional la proforma presupuestaria sesenta días antes del inicio del año fiscal respectivo[57].

[55] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 68.

[56] COPFP, art. 74. "*Deberes y atribuciones del ente rector del SINFIP*. El ente rector del SINFIP, como ente estratégico para el país y su desarrollo, tiene las siguientes atribuciones y deberes, que serán cumplidos por el ministro(a) a cargo de las finanzas públicas: ... 17. Dictaminar obligatoriamente y de manera vinculante sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y los demás beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, que se pacten en los contratos colectivos de trabajo y actas transaccionales".

[57] CRE, art. 295. "[...] sesenta días antes del inicio del año fiscal respectivo"; COPFP, art. 103, el presidente de la República presenta a la Asamblea Nacional la "proforma del Presupuesto General del Estado y la Programación Presupuestaria Cuatrianual".

El directorio aprueba el presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), que debe ser previamente autorizado por el Ministro de Economía[58].

El presupuesto de las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados corresponde aprobarlo a su propio directorio y al concejo municipal (COOTAD).

Las empresas financieras del Estado someten su presupuesto, aprobado por su directorio, al directorio del Banco Central[59].

El presupuesto de la Superintendencia de Bancos forma parte del Presupuesto General del Estado.[60].

Corresponde a la Asamblea Nacional la aprobación de los presupuestos de los siguientes organismos del Estado: Contraloría General del Estado[61] y Procuraduría General del Estado[62]

El presidente de la República aprueba el presupuesto de la Superintendencia de Compañías[63], previa la resolución favorable de la máxima autoridad de estos organismos.

c) *Instituciones que ejercen control en el interior del ejecutivo*. Como se manifestó, las entidades relativamente autónomas de regulación y control de las telecomunicaciones y en general utilización del espectro radioeléctrico, se refunden en el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información[64]. El control sobre las relaciones laborales de los sectores público y privado de las extinguidas instituciones denominadas Senres y Conades se fusiona en el Ministerio de Trabajo.

[58] Ley de seguridad social, art. 27. "*Atribuciones*. El Consejo Directivo tendrá a su cargo: i. La aprobación del presupuesto general de operaciones del IESS, preparado por el director general y sometido a informe previo del ministro de Economía y Finanzas [hoy ministro de Finanzas], hasta el 31 de diciembre de cada año". Art. 55. "*Aprobación del presupuesto*. La proforma presupuestaria será elaborada en el mes de septiembre de cada año por el director general del Instituto, quien la remitirá al Ministro de Economía y Finanzas [hoy ministro de Finanzas]. Con el informe de dicha autoridad, pasará a conocimiento y aprobación del consejo directivo".

[59] Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 14. "*Funciones. La junta tiene las siguientes funciones*: [...] 45. Aprobar anualmente el presupuesto del Banco Central del Ecuador y de las entidades del sector financiero público, de seguros y valores públicos, sus reformas, así como regular su ejecución".

[60] Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 61.

[61] LOCGE, art. 30.

[62] Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, art. 14.

[63] Ley de Compañías, art. 438, b).

[64] Ley Orgánica de Telecomunicaciones, SRO 439, 18 febrero 2015, disposición final primera.

En la actualidad integran las instituciones de regulación y control al interior del ejecutivo:

1. Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, ARCH;
2. Secretaría Nacional de Contratación Pública, SERCOP;
3. Agencia de Control de las telecomunicaciones, ARCOTEL;
4. Agencia de Regulación y Control de Electricidad, ARCONEL;
5. Empresa Coordinadora de Empresas Públicas, EMCO;
6. Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, y
7 Ministerio de Economía[65].

C) *Control que ejercen los órganos de control y regulación del Estado*

a) *Antecedentes de los órganos de control en Ecuador*. La Constitución denomina genéricamente como "entidades" que forman parte de la función de transparencia y control social a determinadas entidades autónomas de control y regulación.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designa al procurador general del Estado y a los superintendentes de ternas presentadas por el presidente de la República. Como resultado de un proceso de selección el Consejo elige los siguientes funcionarios: defensor del pueblo, defensor público, fiscal general del Estado, contralor general del Estado y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura. Estos cuerpos colegiados se integran en el orden de calificación de sus postulantes. Todos ellos se posesionan ante la Asamblea Nacional[66].

Las comisiones de selección se integran en partes iguales por representantes de las funciones del Estado y "de las organizaciones sociales y la ciudadanía, escogidos en sorteo público de entre quienes se postulen y cumplan con los requisitos que determinen el Consejo y la ley. Las candidatas y candidatos se someten a escrutinio público"[67].

La principal actividad sujeta a control en la Constitución de 2008 es la prestación de servicios públicos, tanto de entidades públicas cuanto de personas jurídicas de derecho privado y particulares, principalmente desde la perspectiva de los derechos de los consumidores[68]. El control sobre esta

[65] *Ministerio de Finanzas y Crédito Público*, en la actualidad *Ministerio de Economía y Finanzas http://www.finanzas.gob.ec/*

[66] CRE, arts. 120 num. 11 y 210.

[67] CRE, art. 209.

[68] CRE, arts. 11, 52, 53, 215 num. 1.

actividad lo ejerce no solo el defensor del pueblo sino también el "control social"[69], que también se ejerce sobre los funcionarios judiciales[70], los notarios[71] y los servicios de salud[72].

Las superintendencias previstas en la Constitución y la normativa jurídica son: Superintendencia de Ordenamiento Territorial y Uso y Gestión del Suelo, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Superintendencia de la Información y Comunicación y Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

b) *Regulación. Elementos económicos y políticos. Ejecución legal y técnica jurídica. El fundamento de la regulación de las áreas estratégicas.*

[69] CRE, art. 95. "Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

"La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria".

Art. 96. "Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos.

"Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas".

[70] CRE, art. 176 sin perjuicio del control que ejerce el Consejo de la Judicatura. Art. 187. "Las servidoras y servidores judiciales tienen derecho a permanecer en el desempeño de sus cargos mientras no exista una causa legal para separarlos; estarán sometidos a una evaluación individual y periódica de su rendimiento, de acuerdo a parámetros [*sic*] técnicos que elabore el Consejo de la Judicatura y con presencia de control social. Aquellos que no alcancen los mínimos requeridos, serán removidos". Art. 200. "Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarías y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución".

[71] CRE, art. 200.

[72] CRE, art. 359.

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

Por supuesto que la regulación y el control también aplican al Estado cuando sus empresas y entidades desarrollan sus actividades en los mercados, como es el caso de los servicios telefónicos o de los negocios típicamente particulares como la venta de gasolina para automotores.

En este caso la regulación tiene que ver con el *precio* de la provisión del servicio a los usuarios[73] y adicionalmente con la calidad del servicio a los usuarios, la cantidad de bienes ofrecidos, y su distribución geográfica .

En todo caso, son atribuciones reconocidas a los entes reguladores en el derecho comparado, las siguientes: expedición de normativas generalmente obligatorias, el control de tarifas, la fijación de estándares, el requerimiento de audiencias previas para las concesiones y autorizaciones, el cumplimiento de la normativa ambiental y la aplicación de sanciones.

El *control,* en este contexto, consiste en la verificación del cumplimiento de las medidas regulatorias. Como técnica de administración pública se discute sobre las ventajas y las desventajas de que sea la entidad competente para dictar la *regulación* la que tenga potestad para supervisar su cumplimiento y, en su caso, imponer la sanción correspondiente.

Por ejemplo, en el sistema de telecomunicaciones se estableció una neta distinción entre la entidad encargada de *regular* las telecomunicaciones, Conatel y la entidad competente para verificar el cumplimiento de la normativa y la imposición de sanciones: la Superintendencia de Telecomunicaciones (Supertel). Ambas fueron suprimidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones[74] y sus funciones encargadas a una oficina del ejecutivo[75].

c) *Métodos de fijación del precio.* Se han diseñado metodologías diferentes de sistemas tarifarios y estudios voluminosos se han realizado sobre la materia en diferentes países. El método más común es el de "costo del servicio" (sumatoria del precio de los componentes) para determinar el reembolso del

[73] Art. 52. "La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor".

[74] Ley Orgánica de Telecomunicaciones, SRO 439, 18 febrero 2015, disposición final.

Se discuten las políticas de fijación de precios, que comprenden la "tasa de retorno", escala móvil (*slinding-scale*), fijación de precios de Ramsey, propuesta al Primera.

[75] Ministerio de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

operador[76], así sea el Estado. Cuando hay diferentes tasas por clases de usuarios también debe fijarse la estructura de las tarifas. Otra opción es la de fijar una tarifa por debajo del precio de mercado y subsidiar el servicio.

En Estados Unidos la desregulación de las tarifas en mercados competitivos produjo importantes reducciones en los precios, pero también incertidumbres en las industrias respectivas y no pocas bancarrotas, como sucedió en el caso de los pasajes aéreos. En los últimos tiempos se intentó aplicar este sistema en las industrias de redes, con resultados mixtos: gas natural, electricidad y telecomunicaciones[77].

La regulación y control de las empresas públicas y, por extensión, de los servicios públicos, corresponde a las denominadas "superintendencias"[78], que integran la "Función de Transparencia y Control Social", creada en la Constitución de 2008, con "personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa". Su principal función es vigilar que los servicios beneficien "el interés general". Les compete el control de órganos públicos y de personas naturales y jurídicas "que presten servicios o desarrollen actividades de interés público"[79].

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

En Ecuador se puede mencionar, entre las principales instituciones relacionadas con la regulación y el control de los servicios públicos la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[76] Se discuten las políticas de fijación de precios, incluyendo "tasa de retorno", escala móvil (*slinding-scale*), fijación de precios de Ramsey, propuesta Loeb-Magat, precios tope y estándares de *performance,* etc., en: J. Luis Guasch y Pablo Spiller, *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*, World Bank, Washington, D. C., 1999, págs. 69 y ss.; v. también, para la fijación de precios en empresas públicas: Introducción y selección por R. Turvey, *Empresas públicas*, Madrid, Tecnos, 1972: "Principios de determinación de los precios óptimos y criterios de inversión", varios autores. En general sobre los problemas de la fijación del precio: Pierce Jr. y Gellhorn, *op. cit.*

[77] Pierce Jr. y Gellhorn, *op. cit.*, pág. 17.

[78] CRE, art. 213. " [...] El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación".

[79] CRE, art. 314. "El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

"El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación".

Entre las funciones atribuidas a las superintendencias se encuentra controlar que los servicios prestados se "realicen con responsabilidad, transparencia y equidad" y, fomentar e incentivar la participación ciudadana y el ejercicio y cumplimiento de los derechos. También les corresponde prevenir y combatir la corrupción.

La principal actividad sujeta a control en la Constitución de 2008 es la prestación de servicios públicos, tanto de entidades públicas cuanto de personas jurídicas de derecho privado y particulares, principalmente desde el ángulo de los derechos de los consumidores. Ejerce control sobre esta actividad el defensor del pueblo[80] y también el "control social".

D) *Control de la función legislativa*

a) *Aprobación presupuestaria*. La formulación de las proformas presupuestarias corresponde al Estado y a las respectivas entidades y organismos. Las proformas de las "empresas públicas" son aprobadas por el directorio institucional[81] y se someten a los lineamientos del COPFP[82].

A diferencia de la esfera ampliada del control político y económico a cargo de entidades autónomas englobadas en la función del Estado, en el área económica, el ejecutivo refuerza la dirección y control de entidades de regulación que funcionaban con relativa autonomía. La más importante de estas absorciones es la del Banco Central, mediante el establecimiento de un directorio que excluye la participación del sector privado y concede mayor discrecionalidad al ejecutivo en las inversiones del sector público financiero y no financiero.

El control de la contratación pública se encontraba a cargo, hasta 2008, de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado, que revisaba los contratos. En la actualidad el control de la contratación pública se encuentran a cargo del ejecutivo: el Sercop.

[80] CRE, art. 52. "La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor".

[81] LOEP, art. 9, 5.

[82] COPFP, art. 34. "Plan Nacional de Desarrollo. Se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo [...] los presupuestos de [...] las empresas públicas de nivel nacional". Sus presupuestos no se consideran parte del Presupuesto General del Estado (art. 77, COPFP). Aprobación de las proformas presupuestarias de las empresas públicas, con obligación de informar al órgano superior del SINFIP y a la Asamblea Nacional (art. 112, COPFP).

b) *Control político*. La Asamblea Nacional tiene potestades para enjuiciar al presidente y vicepresidente de la República, por determinados delitos[83]. Asimismo, la Asamblea puede juzgar políticamente a determinadas autoridades enumeradas en la Constitución por incumplimiento de las funciones que les asigna la Constitución y la ley: ministros de Estado, o la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, la Fiscalía General del Estado, la Defensoría del Pueblo[84], la Defensoría Pública General, las Superintendencias y los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y demás autoridades que la Constitución determine, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después. El efecto de la censura es la destitución de la autoridad y si "se derivan indicios de responsabilidad penal, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento de la autoridad competente"[85].

En general, corresponde a la Asamblea Nacional "[f]iscalizar los actos de las funciones ejecutiva, electoral y de transparencia y control social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias"[86].

En la enumeración de las autoridades sujetas a juzgamiento, que es taxativa, no constan los directores y gerentes de entidades y empresas públicas. Ellas son, sin embargo, responsables de sus actuaciones al frente de las referidas entidades, pero está claro que no responden ante la Asamblea directamente, sino en último término ante su respectivo directorio o cuerpo colegiado, donde, como se ha visto, es generalmente presidente el titular del ministerio al que se encuentra adscrita la entidad o empresa pública. Es decir, el ministro res-

[83] CRE, art. 120 num. 10 y 129.

[84] Art. 231. "Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

"La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito".

[85] CRE, art. 131.

[86] CRE, art. 120. "La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes: [...] 9. Fiscalizar los actos de las funciones ejecutiva, electoral y de transparencia y control social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias".

pectivo eventualmente tendrá que responder por irregularidades cometidas en la entidad o empresa correspondiente. Pero la Asamblea Nacional les podría solicitar en cualquier momento "las informaciones que considere necesarias", como se ha visto.

Cabe analizar si los ministros de Estado responden políticamente ante el Congreso por las actividades de las entidades y empresas adscritas a su despacho, o incluso si cabe responsabilidad política a 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", dispone que la causal para el enjuiciamiento consiste en el "incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley", entre las cuales se cuenta la de supervigilar las actividades de los funcionarios que dependen jerárquicamente de ellos o sobre los cuales ejerce tutela.

Cuando se trata de infracciones de índole penal, se debe acudir al Código Integral Penal vigente (COIP), según el cual las acciones por las que un ministro puede ser interpelado deben ser personales y no de sus subordinados. Estas acciones deben infringir leyes, pero sí procede enjuiciar políticamente a un ministro de Estado por su omisión en denunciar y sancionar las infracciones de sus subordinados.

El ministro también puede infringir las normas, como se vio *supra*, al no sancionar o solicitar la sanción de funcionarios bajo su dependencia jerárquica, que hubieren 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 de la Asamblea Nacional. Los miembros del directorio, en cambio, responden ante la Asamblea Nacional en caso de ser ministros, por infracciones directas y personales, cometidas en el desempeño de sus cargos, lo que comprende sus actividades de directores en los directorios de entidades y empresas públicas.

E) *Los controles electoral, constitucional, ciudadano y judicial*

Además de los controles descritos, la Constitución de 2008 dispone otros controles, con nuevo énfasis y renovada estructura institucional, como son: en materia electoral, el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral[87], y el control de la constitucionalidad, a cargo de la Corte Constitucional.

[87] El extinguido Tribunal Supremo Electoral se escinde en la Constitución de 2008 en el Consejo Nacional Electoral y en el Tribunal Contencioso Electoral (art. 217, CRE). El Consejo Nacional Electoral asume renovadas competencias relativas a la "democracia directa" (arts.

4. Conclusiones

Del diagnóstico del régimen normativo aplicable, puede apreciarse que los instrumentos de control y regulación de la administración pública se encuentran distribuidos entre los cinco poderes del Estado y en determinados casos, en las organizaciones sociales,

Ejercen control sobre la administración pública en Ecuador:

1. El ejecutivo ostenta instituciones de control: 1) dependientes (Banco Central, Ministerio de Trabajo, Instituto de Contratación Pública y directorios institucionales), y 2) adscritas Arconel, Arcotel y otras agencias.

2. Las "superintendencias" y órganos de control (Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, superintendencias de Compañías, de Bancos, de Control de Poder de Mercado, de Economía Popular y Solidaria y de Ordenamiento Territorial y Uso y Gestión del Suelo. Estas entidades tienen competencia para expedir normas generales obligatorias, en las áreas de su competencia, previa legislación de la Asamblea Legislativa.

Todas estas superintendencias englobadas en el "quinto poder del Estado": el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

3. La Asamblea Nacional: aprueba presupuestos públicos e inviste a órganos de control previamente designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

4. La Corte constitucional ejerce el control de constitucionalidad y el sistema judicial juzga el cumplimiento de las leyes. En los casos contra el Estado y sus instituciones actúa la jurisdicción contencioso administrativa.

Debe resaltarse que la Constitución vigente introdujo dos cambios respecto de la de 1998: uno formal y otro de fondo. El cambio formal tiene que ver al énfasis que utilizaba la Constitución anterior para referirse a la función de control propiamente dicha, sin que los mandatos de la Carta Magna vigente se opongan a ninguno de los aspectos incluidos en el texto de la que le precedió; la modificación de fondo se relaciona con la exclusividad reconocida a la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades. Si bien la Constitución vigente se refiere simplemente a la competencia de dicho organismo de control para determinarlas, el texto anterior era muy claro al establecer que esa competencia era exclusiva, esto es, que no podría ser ejercida por ninguna otra institución pública. A la luz de la

---

103-105, CRE), especialmente referidas al control popular, pero también en lo relacionado con la estructura de la autonomía regional (art. 245, CRE). En punto al control de los procesos de la descentralización y la autonomía, cumple destacado papel la Corte Constitucional (art. 245, CRE).

Constitución de 2008, bien podría asignarse legalmente la competencia de determinación de responsabilidades a otra u otras instituciones, además de la Contraloría General del Estado[88]. En efecto, la Constitución suprime la referencia a "potestad exclusiva" que constaba en la de 1998 y le atribuye a la Contraloría "determinar responsabilidades [...]" (sin el apelativo de "exclusividad"). La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado otorga al superintendente de Poder de Mercado esta competencia de determinar "indicios de responsabilidad penal".

Por otra parte, antes se otorgaba a la Contraloría la potestad de dictar "regulaciones de carácter general" (equivalente a la prescripción de reglamentos autónomos), y ahora la Constitución alude solo a "normativa", que se puede entender puramente reglamentaria interna. Esta modificación daría pábulo para especular que la Contraloría carece de sustento para expedir y reformar el Reglamento de Bienes y que tal facultad ahora correspondería al Sercop.

Conviene indicar que pese a la ausencia de una referencia específica a una entidad u órgano del ejecutivo que ejerza dicha competencia, se reconoce a esta función la vigilancia de las organizaciones sociales, y competencia y responsabilidad en el control de la provisión de servicios públicos, así como la prestación de servicios de salud y educación. En este contexto es ilustrativo resaltar que son órganos de control del interior del ejecutivo el Ministerio de Relaciones Laborales, el Ministerio de Finanzas y los directorios institucionales, así como los delegados del ejecutivo en los cuerpos colegiados existentes.

La principal actividad sujeta a control en la Constitución de 2008 es la prestación de servicios públicos, tanto de entidades públicas cuanto de personas jurídicas de derecho privado y particulares, principalmente desde el ángulo de los derechos de los consumidores. Ejercen control sobre esta actividad el defensor del pueblo y también el "control social".

Respecto a la normativa que rige la Contraloría General del Estado (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado), su ley orgánica contiene básicamente las mismas disposiciones de la derogada Ley Orgánica de Administración

[88] Constitución Política de 1998, art. 211. "La Contraloría dictará regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones [...]"; art. 212. "La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.

"Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: [...]

"2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

"3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones".

Financiera y Control (LOAFYC), pese a su escisión mediante el desglose de provisiones presupuestarias y de administración financiera, hoy incorporadas al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP).

La Contraloría General del Estado comparte competencias con el Ministerio de Trabajo en la auditoría de gestión en lo relativo al manejo del talento humano, por medio del Instituto de Meritocracia. Por su parte, la Secretaría General de la Administración tiene competencias relacionadas con la efectividad de la gestión, mediante la Subsecretaría de Administración por Resultados. En los aspectos de gestión financiera y de los estudios de impacto ambiental y de construcción de obras públicas, comparte atribuciones con los ministerios de Finanzas, del Ambiente, de Transporte y Obras Públicas y Servicios de Compras Públicas.

Del mismo modo, la regulación y control de las empresas públicas y, por extensión, de los servicios públicos, corresponde a las denominadas "superintendencias", que integran la "Función de Transparencia y Control Social".

Por lo anotado, es claro que el ejercicio de tutela administrativa así como sus instrumentos se encuentran distribuidos en todas las funciones del Estado, siendo competencia de la Contraloría General del Estado, la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas, así como indicios de responsabilidad penal, pese a que, como se ha reiterado, su ejercicio no ha sido consagrado como exclusivo.