

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

**Impugnación de los actos emitidos por las empresas públicas creadas
por decreto ejecutivo**

Andrea Pamela Cárdenas Valencia

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Andrea Pamela Cárdenas Valencia, autora de la tesis intitulada “Impugnación de los actos emitidos por las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 15 de septiembre de 2020

Firma: _____

Resumen

Las empresas públicas son instrumentos de política económica, social y pública, empleadas por el Estado, para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas, por tanto, son parte de la estructura estatal, que tienen como premisa la realización de los fines del Estado.

En este trabajo investigativo, planteo que en el cumplimiento del objeto de creación, las empresas públicas realizan actividades administrativas, en virtud de una potestad pública y, actividades de gestión industrial o comercial, participando como un actor más del mercado, en consecuencia, más allá de que la normativa ecuatoriana, las defina como sociedades de derecho público, a las empresas públicas les rige tanto el derecho público como el derecho privado, en razón de sus actividades, de las que se generarán actos de naturaleza administrativa o civil, aspectos que en la actualidad no están previstos de manera clara en el ordenamiento jurídico, siendo indispensable su delimitación.

Por otro lado, considerando que, dentro de un Estado social de derechos y justicia, es fundamental el respeto a los derechos, principios y garantías establecidas en favor de las personas, por parte de toda entidad y organismo que actúa bajo una potestad pública, estando obligados, a ceñir sus actuaciones a la norma, es importante contar con instituciones jurídicas que puedan ser empleadas para frenar o corregir arbitrariedades, desviaciones del poder o violaciones al derecho; instituciones que con fundamento en los derechos de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica deben ser eficaces y efectivas.

En este contexto, señalo que, en la actualidad, la normativa aplicable a las empresas públicas, no ofrece claridad y certeza sobre aspectos indispensables para su gestión y, aún más preocupante, limitan el accionar de los particulares respecto de las actuaciones de estas entidades estatales, en total violación al principio de legalidad.

Por ello, la intención de este trabajo es analizar la normativa vigente, plantear los problemas existentes en su aplicación, en torno a las empresas públicas y, específicamente a las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo y, presentar alternativas de solución.

A Dios por ser el eje y motor de mi vida

A Carminia y Abdón †

A mis padres y hermana por su amor, apoyo y, ser mi ejemplo de constancia, esfuerzo y
lucha

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero Empresa Pública.....	13
1. ¿Qué es la empresa pública?.....	13
2. La empresa pública en la historia	21
3. Régimen jurídico de la empresa pública.....	27
3.1 Constitución de la República del Ecuador.....	31
3.2. Ley Orgánica de Empresas Públicas	32
3.2.1. Aspectos societarios	33
3.2.2. Aspectos asociativos	34
3.2.3. Aspectos laborales	35
3.2.4. Aspectos contractuales.....	36
3.2.5. Aspectos tributarios	36
3.2.6. Aspectos presupuestarios.....	37
4. Naturaleza jurídica de la empresa pública.....	39
5. La empresa pública creada por decreto ejecutivo.....	45
5.1. Decreto Ejecutivo No. 842	48
5.2. Decreto Ejecutivo No. 822	49
5.3. Decreto Ejecutivo No. 1174	49
Capítulo segundo Impugnación de los actos de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo.....	51
1. Impugnación en sede administrativa	52
1.1. Procedimiento administrativo	54
1.2. Recursos para la impugnación	56
1.2.1. Recurso de Apelación.....	60
1.2.2. Recurso Extraordinario de Revisión.....	66
2. Impugnación en sede jurisdiccional	68
2.1 El proceso contencioso administrativo	69
2.2. Acciones contencioso administrativas.....	74

2.2.1. Acción de plena jurisdicción o subjetiva	75
2.2.2. Objetiva o anulación por exceso de poder	76
2.2.3. Lesividad	78
2.2.4. Acciones especiales	81
2.2.4.1 Pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.....	81
2.2.4.2. Responsabilidad objetiva del Estado	82
2.2.4.3 Nulidad de contrato propuesto por el Procurador General del Estado conforme la ley	85
2.2.4.4. Controversias en materia de contratación pública.....	86
2.2.5. Otras acciones.....	88
2.2.5.1. Repetición.....	88
2.2.5.2. Excepciones a la coactiva	91
2.2.5.3. Silencio administrativo	92
Conclusiones.....	97
Bibliografía.....	99
Tabla 1 Listado de empresas públicas coordinadas.....	107

Introducción

Con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, el 20 de octubre de 2008, el Estado recupera espacios que estaban reservados de forma prioritaria a la iniciativa privada, así, a través de las empresas públicas, interviene en la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas.

Por tanto, las empresas públicas son instrumentos del Estado que satisfacen el interés público y, a la vez, operan como un negocio en el mercado, de modo que cumplen una finalidad económica, social y pública. En este contexto, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con la Constitución de la República, define a las empresas públicas como entidades del Estado, de derecho público, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, cuyas actividades, conforme se indicó en el párrafo anterior, se desarrollarán en los sectores estratégicos, servicios públicos, recursos naturales, bienes públicos o actividades económicas.

De las normas que regulan a las empresas públicas y, de la definición que se les otorga surgen dudas, por un lado, respecto del régimen jurídico que les aplica, su naturaleza jurídica y, la naturaleza jurídica de sus actos; y, por otro lado, de la eficacia e idoneidad de las instituciones jurídicas previstas para ejercer el derecho de impugnación, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, de conformidad con los principios, derechos y garantías constitucionales, administrativas y procesales.

Los aspectos antes planteados, serán analizados en el presente trabajo, que está dividido en dos capítulos.

En el primer capítulo de este trabajo de investigación, se estudia la definición de empresa pública, su historia y características, a fin de determinar naturaleza, régimen jurídico y, la naturaleza jurídica de sus actos, además, desde la normativa específica que les rigen, se analiza a las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, las cuales son objeto central de esta investigación.

En el segundo capítulo se analizan las herramientas de impugnación previstas en la normativa, aplicable en las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, su

idoneidad y eficacia en el marco del cumplimiento del ordenamiento jurídico, la legalidad y, respeto de los derechos e intereses de los particulares. En cuanto a, la impugnación en sede administrativa de la actuación administrativa de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, se analiza la aplicabilidad de las disposiciones del Código Orgánico Administrativo, en torno al derecho de impugnación consagrado en la Constitución de la República, resaltando la importancia del control de legalidad y, de contar con un procedimiento administrativo que busque asegurar que los conflictos entre administración y administrado no surjan.

Finalmente, se exponen las conclusiones derivadas del análisis de las empresas públicas y, específicamente de las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva, recomendando reformas que considero necesarias y urgentes, en aras de los principios de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y celeridad.

Capítulo primero

Empresa Pública

1. ¿Qué es la empresa pública?

El Estado es una organización político-jurídica, con capacidad para ejercer coerción por medio de sus instituciones u organismos dotados de poder público, además, organiza a la sociedad y, persigue el cumplimiento de sus fines y objetivos. A través de la historia, la presencia del Estado en los diferentes ámbitos de la sociedad, ha oscilado entre, por un lado, una participación restringida, caracterizada por garantizar la paz, el orden interno y, la justicia; por otro, una intervención activa en el desarrollo y crecimiento económico, buscando alcanzar una distribución justa y equitativa de los beneficios.

En todo caso, el grado de participación e intervención estatal en la sociedad y economía, estará determinado en el derecho objetivo de cada Estado, estableciendo las actividades, sectores y, servicios, cuya prestación, gestión, administración y, control se revestirán de carácter público, teniendo al menos tres alternativas: intervención exclusiva del Estado; delegación a la iniciativa privada bajo ciertas particularidades previamente determinadas; y, la participación de varios proveedores que compiten en el mercado; cabe recalcar que el Estado siempre mantendrá su rol regulador, controlador y, sancionador.

Para el desarrollo de actividades económicas, la gestión de sectores estratégicos, la producción de bienes y, la prestación de servicios, en su acepción general, el Estado y la iniciativa privada han empleado a la empresa, entendiéndola como la “Unidad económica de producción y decisión que, mediante la organización y coordinación de una serie de factores (capital y trabajo), persigue obtener un beneficio produciendo y comercializando productos o prestando servicios en el mercado”.¹ El beneficio que busca la empresa puede tener una connotación económica o social.

Dentro de este contexto, el artículo 14 del Código de Comercio ecuatoriano define a la empresa como “[...] la unidad económica a través de la cual se organizan elementos

¹ Arthur Andersen, *Diccionario de Economía y Negocios* (Madrid: Espasa Calpe Editorial, 1999), 221.

personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada [...]”², asimismo, el artículo 7 de la misma norma establece por actividad mercantil:

Art. 7.- Se entiende por actividades mercantiles a todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico.³

Con base en las definiciones doctrinal y legal citadas, concluyo que, la empresa es un conjunto de personas, bienes muebles e inmuebles, bienes materiales o intangibles, denominación y clientes que, organizados y coordinados, se destinan para ofrecer bienes o servicios al mercado, con la finalidad de obtener un beneficio o lucro.

Entonces, partiendo de la definición de empresa planteada en el párrafo anterior y, del rol empresario del Estado [premisa que en el transcurso del tiempo ha sido apoyada y rechazada, determinándose que la intervención estatal fue necesaria para muchas economías], ejercido a través de las empresas públicas, analizaré el papel que estas desempeñan, el régimen jurídico que les aplica y, la naturaleza jurídica de sus actos.

Roberto Dromi manifiesta que la empresa pública es el resultado de la creciente intervención del Estado en la actividad económica , definiéndola como “[...] toda empresa estatal en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no solo estatal) de la economía [...]” y, que tiene por objeto, el ejercicio de actividades de carácter económico, comercial y productivo, la satisfacción de necesidades y/o producción de bienes o, la prestación de servicios, con visión empresarial, industrial o comercial, siendo un competidor más en el mercado.⁴

Para el autor Miguel Marienhoff la empresa del Estado es “[...] toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tienen a su cargo la prestación de servicios de esa índole”;⁵ así, la referencia de *empresa del Estado* conlleva a un conjunto de empresas que tienen por denominador común la participación estatal, sin que ello implique restricción para las empresas privadas, es decir, la intervención del Estado, no constituye un elemento único diferenciador y determinante para que una empresa sea considerada pública, al

² Ecuador, *Código de Comercio*, Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019, art. 14.

³ *Ibíd.*, art. 7

⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 8.ª ed. (Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial, 2000), 524.

⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Lexis Nexis Editorial, 2003), 467.

punto que, con una participación estatal se puede estar ante empresas privadas, que al igual que una empresa pública, buscará el desarrollo de una actividad comercial o industrial, o la satisfacción de una necesidad colectiva.

Asimismo, Efraín Pérez, citando a Silvio Lessona, infiere que la empresa pública es una parte importante de la actividad económica del Estado, definida como “[...] toda actividad organizada para la producción o el cambio de bienes y 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”.⁶

Acerca del concepto de empresa pública, debo mencionar que no existe un concepto único y claro sobre estos organismos, es por ello que, la doctrina ha señalado que es una verdadera misión imposible contar con un solo concepto, producto de la inexistencia de una política de Estado definida y, principalmente, porque las finalidades que persiguen las empresas públicas corresponden a las realidades de cada país.

Otra problemática vinculada al concepto de empresa pública obedece a *la fijación de sus objetivos*, debido al alto grado de imprecisión de las políticas, objetivos y metas estatales; no obstante, Jorge Manuel Aguirre señala que, en la reunión de Expertos en Administración de Empresas Públicas en América Latina y El Caribe, realizada en Santiago de Chile, en noviembre de 1969, en consenso se establecieron como objetivos de una empresa pública los siguientes:

- Proveer de servicios públicos;
- Sustituir el control privado por el público;
- Producir ingresos al erario;
- Controlar monopolios;
- Redistribuir el ingreso;
- Subvencionar industrias esenciales;
- Estimular la industrialización;
- Proporcionar una base a otras industrias;
- Crear competencia;
- Sustituir la iniciativa privada ineficiente e inadecuada;
- Actuar como pionero de ciertas actividades;
- Resolver problemas de determinadas industrias proveedoras;
- Reducir el desempleo;
- Entrar en nuevas zonas (geográficas o económicas) de actividad; y,
- Proveer artículos básicos al costo o a bajos precios para atender a necesidades sociales.⁷

⁶ Silvio Lessona, *La Empresa Pública: Líneas Generales sobre la Empresa Pública* (Bolonia: Publicaciones del Colegio Real de España, 1970), 188, citado en Efraín Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones (2008): 594

⁷ Jorge Manuel Aguirre Hernández, “Las Empresas Públicas”, *Jurídica: Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 11 (2016): 89,

Los objetivos consensuados en la reunión de expertos, han justificado en la historia, la presencia del Estado a través de las empresas públicas, sin embargo, es imprescindible de la doctrina y el ordenamiento jurídico la definición del alcance, sea económico o social, el régimen jurídico que les aplica y, la naturaleza jurídica de sus actos. En todo caso, es innegable la importancia y trascendencia que han tenido las empresas públicas para el desarrollo económico y social en un país.

En Ecuador, el artículo 315 de la Constitución de la República señala que las empresas públicas “[...] funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales [...]”⁸, además, establece que serán constituidas para la gestión de sectores estratégicos⁹, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas, asimismo, prevé la existencia de empresas mixtas, siempre, con mayoría accionaria del Estado¹⁰.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, norma específica que regula a las empresas públicas que no pertenecen al sector financiero, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 315 de la Constitución de la República, otorga una definición de estas entidades:

file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/10817-9917-1-PB%20(4).pdf.

⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 315.

⁹ Los “sectores estratégicos” son definidos en el art. 313 como aquellos “[...] que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental [...]”, considerándose entre estos a: a) la energía en todas sus formas; b) las telecomunicaciones; c) los recursos naturales no renovables; d) el transporte y la refinación de hidrocarburos; e) la biodiversidad y el patrimonio genético; f) el espectro radioeléctrico; g) el agua; y, los demás que determine la ley. Por otra parte, la misma norma en el artículo 314 determina como servicios públicos la provisión de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias; y, los demás que determine la ley, cuya prestación debe regirse por principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, garantizando además un precio justo y equitativo. En los artículos referidos si bien se busca clasificar recursos y actividades dentro de los sectores estratégicos y servicios públicos, ni la Constitución ni la LOEP hacen distinción entre estos términos, generando confusión por su contenido, al existir en términos de Efraín Pérez una repetición de conceptos que generan una dualidad entre los recursos y bienes catalogados como sectores estratégicos y también como servicios públicos, siendo necesario que los mismos sean debidamente diferenciados. Respecto de las actividades económicas, no existe normativa que identifique o especifique el tipo de actividades en las que el Estado podrá intervenir, sin embargo, se considera que obedece a cualquier ámbito sea comercial o industrial en el que incursionan las empresas privadas, ello, en razón de que la empresa pública es vista como un instrumento apropiado de política económica.

¹⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art.315.

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

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo-operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.¹¹

Por otro lado, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece las formas de creación de las empresas públicas, pudiendo desempeñar sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional.¹²

En consecuencia, se puede observar que, las empresas públicas se clasifican en¹³:

- a) Por el capital, siendo unipersonales, por ende, el Estado es titular del cien por ciento del capital de las empresas públicas.
- b) Por su creación, habiendo empresas de la Función Ejecutiva, de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de la Función Ejecutiva y Gobiernos Autónomos Descentralizados, en conjunto y, de las Universidades Públicas.
- c) Por el territorio, actuando en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional. Las empresas públicas nacionales son de control y administración exclusiva del Estado Central.¹⁴
- d) El objeto, pudiendo gestionar sectores estratégicos, prestar servicios públicos, aprovechar sustentablemente los recursos naturales o bienes públicos y, desarrollar actividades económicas (producción y/o comercialización de bienes).

Por tanto, a priori y, basándome en las disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano, puedo decir que, la empresa pública es una sociedad de derecho público, con

¹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 4.

¹² *Ibíd.*, art. 5

¹³ Fernando González Calle, *Las Empresas Públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral*. (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017), 78, <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27275/1/Libro%20Empresas%20P%C3%BAblicas.pdf>

¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 261, num. 12.

un ámbito de actuación a nivel local, provincial, regional, nacional o internacional, empleada como instrumento de planificación y desarrollo económico del Estado, con derecho prioritario para realizar una actividad económica, prestar un servicio público, gestionar sectores estratégicos y, aprovechar recursos naturales o bienes públicos, debiendo para ello, perseguir la satisfacción de necesidades de la ciudadanía, la rentabilidad social y, la obtención de beneficio económico.

En mi opinión, la definición de empresa pública dada por la norma constitucional y la Ley Orgánica de Empresas Públicas debe ser reformada, a fin de incorporar que esta, es un organismo que integra el sector público, considerando para ello, por un lado, que no toda intervención del Estado, ni la presencia de recursos públicos en una sociedad determinan su pertenencia al sector público, ya que al fin y al cabo, existen sociedades de derecho privado con participación del estado y capital público, que continúan siendo privadas; por otro, para guardar conformidad en el ordenamiento jurídico que rigen a las empresas públicas, velando por su aplicabilidad eficaz.

En cuanto a lo señalado, el sector público se compone de las siguientes entidades:

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.¹⁵

De lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 225 previamente citado, a simple vista, podría inferir que en alguno de los dos apartados se abarca a las empresas públicas, lo que a criterio personal no es correcto, ni obedece al sentido literal de la norma, así que a continuación se analizan cada uno de ellos.

1. De la definición de empresas públicas previsto en la Ley de la materia, se colige que solo el Presidente de la República como representante de la Función Ejecutiva, tiene la potestad de crear empresas públicas mediante decreto ejecutivo, sin embargo, esto no las subsume en los organismos o dependencias de dicha Función, al ser entes autárquicos con fines específicos, a pesar de que sí están bajo el control y dirección de la Función Ejecutiva. No obstante, en el decreto de creación de la empresa pública, el

¹⁵ *Ibíd.*, art. 225

Presidente puede establecer que esta es dependiente o está adscrita a un organismo o entidad de la Función Ejecutiva, tal como lo prevé el último párrafo del artículo 45 del Código Orgánico Administrativo,¹⁶ aunque a mi juicio, tal decisión desdibujaría el objeto de creación de la empresa pública, cuyo régimen y naturaleza es diferente de las demás entidades que forman parte del Ejecutivo.

2. Con referencia a, los organismos y entidades que señala el numeral 3 del artículo 225 de la Constitución, la norma es clara y expresa, al disponer que son creados por la Constitución o la ley, lo que no ocurre con las empresas públicas, al ser el decreto ejecutivo, el acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados, la escritura pública o la resolución de creación emitido por el máximo organismo de las universidades públicas, los instrumentos previstos para su creación, es decir, ni la Constitución ni la ley per se crean a las empresas públicas, aunque sí otorgan la competencia a ciertos organismos para el efecto. Adicionalmente, cabe indicar que si bien las actividades detalladas para los organismos y entidades señaladas en el numeral 3 del referido artículo 225, es decir, el ejercicio de la potestad estatal, la prestación de servicios públicos y, el desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado, también se enuncian para las empresas públicas, conforme lo dispuesto en los artículos 315 de la Constitución de la República y, 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no se configura el primer hecho fáctico que es la creación mediante la norma fundamental o la ley.

Además, de la enunciación del artículo 225 de la Constitución de la República, llama la atención que el legislador refiera expresamente, como parte del sector público, a las “[...] personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”,¹⁷ cuando estas corresponden a empresas públicas reguladas por la Ley de Empresas Públicas y que pertenecen a uno de los organismos a los que dicha Ley otorga competencia para crear empresas, es decir, a los gobiernos autónomos descentralizados, de ahí que pudieron considerarse dentro del numeral 2 del referido artículo, el cual señala: “[...] Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado”.¹⁸

¹⁶ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017, art. 45. El Presidente de la República es responsable de la administración pública central, quien, en el ejercicio de la potestad de organización, puede crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la administración pública central, cualquiera sea su origen, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su adscripción o dependencia.

¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 225, num. 4.

¹⁸ *Ibíd.*, num.2.

Como previamente se señaló, el no tener una norma que expresa y claramente, incluya a las empresas públicas en el sector público, puede repercutir en la aplicación eficaz de las normas, así, por ejemplo, el objeto del Código Orgánico Administrativo es la regulación del ejercicio de la función administrativa de las entidades que integran el sector público¹⁹, por otro lado, la misma norma dispone que la administración pública comprende las entidades del sector público previstas en la Constitución de la República²⁰, es decir, nuevamente se recurre al artículo 225 de la norma constitucional y, por ende, a la duda de si la empresa pública es o no parte del sector público.

En el mismo contexto, la Administración Pública Central, de la cual el Presidente de la República es el responsable, está comprendida, entre otras, por “[...] 4. Las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central”.²¹ Es así que, las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, por tener integrado su Directorio por el representante o delegado del ministerio del ramo, el presidente o delegado del directorio de la Empresa Pública Coordinadora de Empresas Públicas y, un delegado del Presidente de la República, sí son parte de la Administración Pública Central.²²

Por lo antes dicho, del artículo 225 de la Constitución de la República, me surge la duda si el legislador realmente quiso incorporar a las empresas públicas en el sector público, no obstante, considero que las empresas públicas sí integran el sector público, al ser un organismo del Estado con un objeto de creación y finalidad pública, que actúa en virtud de la voluntad pública, expresada en la normativa; además, refiriéndome específicamente a las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, debo decir que son también parte de la Administración Pública Central.

Para solventar lo previamente referido, es necesario que en el artículo 225 de la Constitución de la República se reforme el numeral 4, a fin de que contemple en el sector público, a las empresas públicas en general, entre ellas a las creadas por decreto ejecutivo, al efecto, se propone el siguiente texto:

¹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 1.

²⁰ *Ibíd.*, art. 44

²¹ *Ibíd.*, art. 45.

²² Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 7. En el artículo 7 se establece que el Directorio de la empresa pública creada por la Función Ejecutiva, está integrada por: 1. La Ministra o Ministro del ramo correspondiente o su delegado o delegada permanente, quien lo presidirá; 2. El titular del organismo nacional de planificación o su delegada o delegado permanente; y, 3. Un miembro designado por la Presidenta o Presidente de la República.

Art. 225.- El sector público comprende: [...]

4. Las personas jurídicas creadas por decreto ejecutivo, acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados, escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados y, la resolución de creación adoptada por el máximo organismo universitario.

De todo lo analizado, puedo decir que, la empresa pública es un órgano institucional autárquico del sector público, destinado al cumplimiento de finalidades económicas con rentabilidad social, con el que el Estado interviene directamente en el desarrollo de actividades, sectores y, la prestación de servicios y bienes.

2. La empresa pública en la historia

A lo largo de la historia la empresa pública ha incursionado en los sectores de telecomunicaciones, transporte, hidrocarburos, electricidad y, agua potable, además, en ciertas áreas industriales, entre estas la manufactura, sectores en los que la empresa privada no ha participado por problemas de accesibilidad, cobertura, eficiencia, eficacia y, réditos económicos.

El origen de las empresas públicas se encuentra en Europa, en las manufacturas reales, astilleros y, arsenales del Antiguo Régimen y, fue en el siglo XIX cuando surgió el perfil moderno de la empresa pública, por el crecimiento de las infraestructuras, la industrialización y, la urbanización²³.

En América Latina, las empresas públicas aparecieron de manera incipiente antes de 1914 y, de forma consistente desde las décadas de 1930 y 1940, en los sectores de energía e infraestructuras, para expandirse en los decenios de 1960 y 1970, con la industrialización y la urbanización.²⁴ Los principales factores que influyeron en la creación de empresas fueron, la protección del mercado interno, las subvenciones al sector privado, el suministro de servicios y, la recaudación de recursos frescos, sin recurrir a impuestos directos.

²³ Francisco J. Morales, “La Empresa Pública en América Latina, Origen, Desarrollo y Crisis: El caso de Chile”, *Revista de Administración Pública*, n.º 77 (2016): 2, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/issue/view/1150>.

²⁴ Guillermo Guajardo Soto, “Empresas Públicas en América Latina: Historia, conceptos, casos y perspectivas”, *Revista de Gestión Pública*, vol. 2, n.º 1 (2013): 13, <http://revistadegestionpublica.cl/index.php/rgp/article/view/26/19>.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los países de América Latina impulsaron una corriente de nacionalización de sectores estratégicos considerados importantes a través de la creación de empresas estatales. El modelo a seguir fue el europeo, de nacionalizaciones del transporte ferroviario, gas, electricidad, y más tarde las telecomunicaciones. Estas nacionalizaciones tuvieron motivaciones económicas, políticas y sociales. En el ámbito económico se estableció que las empresas nacionales podían disponer de un monopolio que permitiría reducir sus costos y tarifas.²⁵

Para 1950, los cambios políticos y económicos, por los efectos de la Segunda Guerra Mundial, llevaron a que las empresas públicas, en cada país, adquirieran las siguientes formas:

1. Empresas a cargo de servicios públicos, en especial de transporte y energía.
2. Actividades que pasaron al patrimonio público o fueron creadas por el Estado para ejecutar políticas o planes económicos en determinadas actividades estratégicas con pautas diferentes a las que dictaría la empresa privada, o bien captar los recursos allí generados. Tal fue la nacionalización de las empresas de estaño en Bolivia cuyos recursos se canalizaron al Banco Central. Otra situación fue a la creación de nuevas empresas, que una vez establecida el Estado la mantuvo en su patrimonio, creó una sociedad mixta o bien la vendió a capitales privados. Un ejemplo fue la Corporación de Fomento de la Producción de Chile, creada en 1939, que organizó empresas en donde tuvo participación mayoritaria o minoritaria, suscribiendo acciones y suministrando ayuda técnica.
3. Actividades que se incorporaron al Estado como consecuencia de una confiscación, como la propiedad alemana durante la Segunda Guerra Mundial y de bienes de personas o empresas, que el gobierno decidió expropiar por diversos motivos.
4. Nacionalizaciones salvavidas, en las que el Estado compró empresas que no eran rentables para la actividad privada; en algunos casos procuró darle continuidad a ciertos servicios o bienes necesarios a la comunidad y en otros se protegió a las empresas, socializando las pérdidas o participando de su capital.²⁶

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo – BID señala que el origen de las empresas públicas en la era moderna corresponde al siglo XIX, con la intervención en tres campos:

- a) Consumo de servicios en masa, como agua potable, gas, transporte, comunicaciones, telégrafo y ferrocarriles;
- b) Definición de los derechos de vía y regulación de expropiaciones, rutas, tarifas, normas de ingeniería, intereses garantizados, subsidios, impuestos y límites administrativos; y,
- c) Nueva infraestructura construida para perdurar, alterando territorios y ciudades.²⁷

²⁵ Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva”, *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*, 2014, 25, <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-Publicas-web.pdf>.

²⁶ Guillermo Guajardo Soto, “La Empresa Pública y sus definiciones en el largo plazo”, en *La Empresa Pública en México y en América Latina: Entre el mercado y el Estado*, coord. Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador (México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Autónoma de México, 2015), 28-31.

²⁷ Enrique Moreno de Acevedo Sánchez, *Gestión de empresas públicas: Las ventajas de los modelos centralizados* (Banco Interamericano de Desarrollo- BID, 2016), 3,

En este orden de ideas, el Banco Interamericano de Desarrollo aduce que el origen de las empresas públicas es diverso y, responde a las circunstancias de cada país²⁸ y nivel de gobierno, lo que significó que, a lo largo de la historia, la empresa pública tuviera diversas denominaciones y formas, de manera que permite comprender la complejidad para establecer una definición única de estas²⁹ y, su naturaleza jurídica.

En Ecuador, la empresa pública tiene su origen en la Constitución de 1945, cuyo artículo 146 establecía que el Estado, cuando el interés económico del país lo exigiese, podía nacionalizar, previa expropiación, empresas privadas que presten servicios públicos. Como respuesta a una mayor participación estatal en la economía, en 1946,³⁰ se nacionaliza “The Guayaquil and Quito Railway Company”, empresa de ferrocarriles constituida en 1897, para la construcción del ferrocarril del sur; con posterioridad, el entonces Presidente de la República, José María Velasco Ibarra, mediante decreto crea la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado, a fin de centralizar bajo un solo organismo, la administración y operación de todo el sistema ferroviario del país,³¹ considerado una atracción turística en la actualidad. En el mismo año, con la Empresa de Abonos del Estado se buscó el aprovechamiento del guano [abono compuesto por excrementos de animales empleado como fertilizante] en la península de Santa Elena, liquidada en los años 90, cuando ya su actividad era inexistente. Dichas empresas son consideradas como las primeras empresas públicas en el país.³²

<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7652/Gestion-de-empresas-publicas-Las-ventajas-de-los-modelos-centralizados.pdf?sequence=1>.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Soto, “Empresas Públicas en América Latina”, 13. En este mismo contexto, Ismael Mata considera que, “[...] el concepto de empresa pública carece de significado jurídico preciso, y a través de él solo puede expresarse que el Estado ha adoptado una política de intervención en el mercado, mediante distintas formas de organización que se asemejan a la empresa privada, pero ofrecen diferentes perfiles jurídicos, en función del grado de intervención en la economía que el estado se propone”. Ismael Mata, *Ensayos de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Edición RAP, 2009), 587.

³⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945, art. 146.

³¹ Ecuador, *Decreto Supremo 183*, Registro Oficial 34, 7 de agosto de 1970.

³² Efraín Pérez, “La Empresa Pública en Ecuador” (Quito: Corporación de Estudios ESTADE, 2010), 5, <https://www.estade.org>. Efraín Pérez refiere brevemente la historia de creación de las empresas públicas en el Ecuador, iniciando desde 1946 con la creación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y la Empresa de Abonos del Estado, alcanzando en los años 70 la mayor ola de creación de empresas públicas para la administración y comercialización de energía eléctrica, hidrocarburos, telecomunicaciones, aviación, almacenamiento de productos agrícolas, prestación del servicio de suministro de agua potable, manejo de aguas servidas y aguas lluvias, ello, con el propósito de desarrollar actividades empresariales. En la década de los noventa el país se sumergió en una ola de privatizaciones debido a que las empresas creadas hasta el momento constituían una carga al presupuesto estatal y una fuente de escándalos políticos. La intervención del Estado en actividades económicas tenía como finalidad alcanzar los objetivos de desarrollo del país.

En 1949, se crea la Empresa de Teléfonos de Quito, la Empresa de Teléfonos de Guayaquil en 1953, la Empresa de Radio, Telégrafos del Estado en 1958, y, la Empresa de Alcoholes del Estado en el año 1965.³³

En la Constitución Política de la República de 1967, se estableció que el Estado se reservaba el derecho a explotar determinadas actividades económicas “[...] para suplir, fomentar y complementar la iniciativa privada, sin menoscabo de los intereses legítimos de esta. Las empresas que exploten servicios públicos que tiendan al monopolio, podrán ser nacionalizadas con arreglo a la ley”.³⁴

La actividad estatal a través de empresas alcanza su apogeo en las décadas de los sesenta y setenta con la creación de Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos – TAME, actualmente denominada Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador TAME EP, la Empresa de Alcoholes del Estado en 1965, la Empresa de Correos Nacionales en 1971, la Corporación Estatal Petrolera del Ecuador – CEPE en 1971, Transportes Navieros Ecuatorianos – TRANSSAVE en el año 1971, Flota Petrolera Ecuatoriana – FLOPEC creada como empresa de economía mixta en 1972 y transformada a empresa estatal en 1978, Empresa Pesquera Nacional – EPNA en 1973, Empresa Nacional de Talleres Industriales Demostrativos – ENTID en 1974, Empresa Nacional del Semen – ENDES en 1974, la Empresa Nacional de Productos Vitales – ENPROVIT en 1977, la Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización de Productos Agropecuarios y Agroindustriales – ENAC en 1977, y la Empresa Nacional de Pronósticos Deportivos – ENPRODE en 1978. Con referencia a, lo que ahora se considera sectores estratégicos, el Estado intervino en materia hidrocarburífera, energética y, telecomunicaciones, con la construcción de la Refinería Estatal de Esmeraldas, el Oleoducto Transecuatoriano, el Poliducto Esmeraldas-Quito-Ambato y el Poliducto Shushufindi-Quito, las Centrales de Pisayambo, Agoyán y Paute, así como la represa Daule-Peripa.³⁵

De la intervención empresarial del Estado se dice que fue desordenado y, que en su gran mayoría no respondía a intereses nacionales o generales, toda vez que, eran independientes y se regían bajo una ley específica para cada caso.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967, art. 59.

³⁵ Fabián Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador: Un Estudio sobre las Empresas Públicas en el Ecuador” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 31-2, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2839>.

Las empresas estatales se creaban generalmente a través de leyes específicas que determinaban el objeto de cada empresa, su régimen administrativo, sus mecanismos de contratación, el régimen de control aplicable y el sistema de gestión del talento humano, entre otros aspectos. Considerando que cada empresa era una ley, esto provocó que cada una de esas entidades sea una isla independiente respecto de la institucionalidad nacional (por sí ya debilitada y fraccionada) y que entidades con un giro comercial de cientos de millones de dólares no respondieran a intereses u objetivos aislados independientemente de que éstos pudieran estar alejados o ser contrarios a los intereses generales de desarrollo, generalmente bajo el amparo de la autonomía consagrada en esas mismas normas de creación de las empresas estatales.³⁶

Con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada en 1993³⁷, en el país se dio paso al proceso de privatización. La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, preveía la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado en la economía del país, las empresas podían ser privadas, públicas, mixtas y, comunitarias o de autogestión.³⁸ La exploración y explotación de recursos naturales no renovables podía estar a cargo de las empresas públicas, mixtas o privadas, en función de los intereses nacionales.³⁹ Los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y, otros de similar naturaleza, se podían prestar directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas;⁴⁰ así, si bien la empresa pública era un agente estatal en la economía, se viabilizó su privatización.

En 2000, se expide la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, para sustituir los literales c) y d) del artículo 1 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, en los siguientes términos:

Art. 1.- Sustitúyase los literales c) y d) del artículo 1, por los siguientes:

c) La prestación de servicios públicos, las actividades económicas y la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, por parte de empresas mixtas o privadas mediante cualesquiera de las formas establecidas en la Constitución; y,

³⁶ Sergio Ruiz, “El Nuevo rol de las empresas públicas”, en *Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva* (Quito: Senplades, 2014), 23, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BA-bilcas-web-pdf>.

³⁷ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa privada*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

³⁸ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 245.

³⁹ *Ibíd.*, art. 247.

⁴⁰ *Ibíd.*, art. 249.

- d) La enajenación de la participación de las instituciones del Estado en las empresas estatales de conformidad con la ley.⁴¹

Con dicho artículo se propició la privatización del sector público, a pesar de que era contrario a los intereses estatales, de forma que el Tribunal Constitucional lo declaró inconstitucional, mediante Resolución 193-2000-TP de 12 de diciembre de 2000⁴².

Con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, en el país se adopta, a través de la institución de la empresa pública, un modelo de Estado empresario, con un rol predominante en los sectores estratégicos,⁴³ la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas, que aunado a la potestad estatal de planificar el desarrollo del país,⁴⁴ fortalece su intervención en la economía, en la que si bien cabe la inversión privada, la nacional tiene prioridad y, la inversión extranjera directa es complementaria a aquella.⁴⁵

En el marco de una nueva Constitución y la potestad de planificación del Estado, producto de la norma primaria de 2008, considero importante citar lo que establecía el Plan Nacional de Desarrollo, denominado Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, emitido en 2013, por la entonces Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – SENPLADES, cuya observancia era obligatoria para el sector público e indicativo para los demás sectores:

Objetivo 1: Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular. - La nueva Constitución ha sentado las bases para la recuperación de lo público y la reconstitución del Estado y su rol regulador, y estructura un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional, que se gobierna de manera desconcentrada y descentralizada. El texto constitucional también contempla la recuperación de las capacidades estatales y establece que la planificación del desarrollo nacional es uno de los deberes prioritarios del Estado (art. 3), que esta será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente, y que propiciará la equidad social y

⁴¹ Ecuador, *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*, Registro Oficial 144, Suplemento, 18 de agosto de 2000, art. 1.

⁴² Ecuador Tribunal Constitucional, “Resolución de inconstitucionalidad n.º:193-2000-TP”, 12 de diciembre de 2000.

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 313. La norma fundamental define a los sectores estratégicos como, “[...] aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental [...]”, mismos que “[...] deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”, así, se identifica como sectores estratégicos a la energía en todas sus formas, los recursos naturales no renovables, el transporte y refinación de hidrocarburos, las telecomunicaciones, el agua, la biodiversidad y el patrimonio genético y el espectro radioeléctrico, y los demás determinados en la ley.

⁴⁴ *Ibíd.*, art. 275. El Estado planifica el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución de la República.

⁴⁵ *Ibíd.*, art. 339.

territorial, promoviendo la concertación (art. 275). Adicionalmente, se consagra el rol del Estado como proveedor de servicios públicos y como garante de que su provisión, pública o privada, responda a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad (art. 314). Otro elemento trascendental es la recuperación de la institucionalidad de los sectores estratégicos a través de la creación de empresas públicas.⁴⁶

Por las referencias históricas indicadas se concluye que, la vinculación del Estado en el ámbito económico y la prestación de servicios públicos, a través de empresas públicas, no es una realidad propia ni aislada del Ecuador con relación al resto del mundo, sino más bien, responde a un proceso histórico, adoptado en razón del modelo de Estado [nacionalista o privatizador] tendencias ideológicas, intereses económicos de la época y, sectores en los que el Estado debe invertir por falta de capacidad económica o interés de la iniciativa privada, en cuyo caso prima la rentabilidad social, así, por ejemplo, en la prestación del servicio público del agua.

3. Régimen jurídico de la empresa pública

Al régimen jurídico se la concibe como las normas de derecho aplicables a una institución, de modo que el régimen jurídico de una empresa pública es “[...] la suma de normas legales que le aplican. Estas normas se catalogan según la materia a que pertenecen, así, se puede hablar de régimen jurídico laboral, contractual, tributario, etc. [...]”.⁴⁷

Doctrinariamente, varios son los tratadistas que refieren que a las empresas públicas les es aplicable un régimen jurídico público y privado, es decir, existe un criterio compartido sobre la coexistencia de normas de derecho público y de derecho privado; en torno a este aspecto, Patricio Secaira Durango manifiesta:

Son personas jurídicas creadas por el Estado o sus instituciones con capacidad para hacerlo. Su finalidad está orientada a las actividades de carácter mercantil, productivo o también para la entrega de algún servicio público. [...]. Tienen un régimen jurídico en el cual se combina lo público y lo privado; ya que pueden emitir actos administrativos de carácter general o particular, sus autoridades son funcionarios públicos. Para el cumplimiento de sus objetivos poseen usualmente libertad de contratación, sujeto a la legislación comercial como cualquier sociedad privada.⁴⁸

⁴⁶ Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017”, *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*, 2013, 86, <http://documentos.Senplades.gob.ec/Plan%20Nacional%20Buen%20Vivir%202013-2017.pdf>.

⁴⁷ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, 696.

⁴⁸ Patricio Secaira Durango, *Curso de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 113.

Por otro lado, el administrativista argentino, Roberto Dromi al referirse a la empresa pública señala que está organizada bajo “[...] un régimen jurídico mixto, semiadministrativo y regidas alternativamente por el derecho público o por el derecho privado, según la naturaleza de sus actos”.⁴⁹

Resulta interesante que más allá de que Secaira y Dromi concuerden en que, a las empresas públicas les es aplicable el derecho público y derecho privado, señalen que la determinación del uno o el otro, dependerá de la naturaleza de los actos que emita, lo que guarda coherencia con las funciones específicas y especiales sobre las que tienen competencia las empresas públicas, sin embargo, si la naturaleza de sus actos no se encuentra claramente definida y diferenciada, podrían generarse problemas jurídicos.

David Blanquer, en concordancia con Dromi indica:

Las entidades empresariales son un híbrido que está a mitad de camino entre una sociedad mercantil (pues compiten en el mercado), y un organismo autónomo (porque la EPE esta investida de potestades exorbitantes). En cambio, los organismos autónomos, y las agencias están plenamente sujetos al Derecho Administrativo. Sin matices y a todos los efectos son Administración Pública. [...] Las entidades públicas empresariales sólo están sometidas al Derecho Administrativo en materias concretas (y el resto de su actuación se rige por el Derecho Privado). Las entidades públicas empresariales están sujetas al Derecho Administrativo sobre todo a efectos internos: en lo que atañe a su creación, organización (reglas de formación de la voluntad de los órganos colegiados) y al ejercicio de potestades o prerrogativas públicas (como la sancionadora, o la autorizatoria), régimen patrimonial, presupuestario y contable.⁵⁰

Para Blanquer, en las empresas públicas también confluyen de forma combinada los regímenes público y privado, así, encasilla dentro de la esfera del Derecho Administrativo a todo acto que se emita en ejercicio de una potestad estatal y, que esté relacionado con los aspectos internos de la empresa, lo cual deviene de los recursos públicos que administra y de que en su actuar debe velar y propender al bienestar general, en ese sentido, a los demás actos se les aplicarán el Derecho Privado.

En cuanto a, el régimen jurídico de las empresas públicas, el artículo 315 de la Constitución del Ecuador señala:

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.⁵¹

⁴⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 524.

⁵⁰ David Blanquer, *Derecho Administrativo*, vol. 2, (Valencia: Editorial Tiran le Blanch Esfera, 2010), 239-0.

⁵¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 315.

Además, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con la Constitución de la República, establece en su artículo 4 que las empresas públicas “[...] son entidades que pertenecen al Estado, sometidas al derecho público [...]”.⁵²

En esta misma línea, la Disposición General Primera⁵³ de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en sentido contrario, a lo dispuesto en la norma constitucional y legal de la materia, señala que los actos, hechos y contratos que se expidan, celebren o ejecuten las empresas públicas, para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa, de manera que genera la duda sobre la naturaleza de los demás actos, hechos y contratos de las empresas públicas.

En este sentido, Ricardo Quintana Ramírez indica que la definición de empresa pública que ofrece el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas tiene un carácter restringido y exclusivo, que conlleva a determinar que la empresa pública en el Ecuador está sometida al Derecho Público, lo que no puede ser ratificado en su totalidad por la Disposición General Primera, a partir de la cual, surge la interrogante de la exclusividad de aplicación del Derecho Público sobre las empresas, al ser el legislador quien, al parecer tuvo la intención de “[...] declarar, en apariencia, el sometimiento a un régimen de Derecho Privado (civil y/o comercial) de los actos, hechos y contratos que no estén vinculados con la ejecución de la obra pública e infraestructura; teniendo presente que son aquellas actividades la razón de ser de las empresas públicas, en el actual marco constitucional”.⁵⁴

Más allá de la duda razonable que nace de las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al fin y al cabo, la Constitución de la República del Ecuador, norma suprema de todo el ordenamiento normativo dispone que el régimen jurídico aplicable a las empresas públicas, es el Derecho Público, lo a mi criterio es un error y, un obstáculo para las relaciones competitivas de mercado, en las que participan las empresas, y aún más, cuando en la práctica jurídica también se les aplica el Derecho Privado.

⁵² Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 4.

⁵³ *Ibíd.*, Disposiciones Generales. Primera. La indicada Disposición General establece que los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa.

⁵⁴ Ricardo Quintana Ramírez, “Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas Ecuatorianas, en la Construcción de Obra Pública e Infraestructura y en su Giro Ordinario del Negocio” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 36, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4628>.

Las empresas públicas en la ejecución de su objeto de creación y gestión, tienen un propósito lucrativo y, al mismo tiempo están vinculadas a la administración pública, rigiéndoles, normas y procedimientos de Derecho Privado y Derecho Público, en consecuencia, creo necesario plantear una propuesta, que contemple un régimen jurídico mixto, en la definición que la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Propuesta de reformas:

- Constitución de la República del Ecuador (segundo párrafo)

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

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 o privado, en razón de la naturaleza de las actividades que desarrollan en el cumplimiento del objeto institucional*, tienen personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales [...].

- Ley Orgánica de Empresas Públicas (primer párrafo)

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

Así, por ejemplo, cuando las empresas públicas se dediquen a actividades o asuntos comerciales o industriales, se aplicará el Derecho Privado y, cuando realicen actos que se puedan imputar a la administración pública, se regirá por el Derecho Público.

A continuación, se mencionan principales disposiciones, aplicables a las empresas públicas, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

3.1 Constitución de la República del Ecuador

El artículo 315 contempla la potestad del Estado de crear empresas públicas, para “[...] la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”.⁵⁵ Es en virtud de la norma constitucional que las empresas públicas pasan a ser parte del sistema económico del régimen de desarrollo del Estado, asumiendo un rol trascendental en el mercado e industria del país, reservándose el uso del derecho prioritario de la gestión de áreas económicas catalogadas como estratégicas, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas, con miras a alcanzar el buen vivir, una mejor redistribución de la riqueza y, el cumplimiento de las políticas públicas, a través de una gestión eficiente y responsable.

Cabe mencionar que, respecto de las empresas públicas, el entonces Presidente Constitucional de la República, Rafael Correa Delgado, el 12 de agosto de 2010, plantea ante la Corte Constitucional una solicitud de interpretación constitucional para que:

Se interpreten los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en el sentido de que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos corresponde, exclusivamente, al Estado, lo cual incluye la potestad de este para autorizar a las empresas públicas o delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos.

La Corte Constitucional mediante Sentencia Interpretativa de 5 de enero de 2012, señala:

Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.⁵⁶

⁵⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 315.

⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “*Sentencia Interpretativa 001-12-SIC-CC*”, en *Caso n.º: 0008-10-IC*, 5 de enero de 2012. La aplicación de la sentencia interpretativa de conformidad con el art. 52

De ahí que las empresas públicas pese a que son parte del Estado no son el Estado, de manera que únicamente, les corresponde la facultad de gestionar los sectores estratégicos o prestar servicios públicos, siempre y cuando hayan sido autorizados para dicho efecto, por las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central.⁵⁷

3.2. Ley Orgánica de Empresas Públicas

La expedición de una norma específica que regule la constitución, organización, funcionamiento y, demás aspectos de las empresas públicas, era indispensable ante el nuevo modelo estatal. La Ley Orgánica de Empresas Públicas, desde octubre de 2009, establece las normas aplicables a las empresas públicas que no pertenecen al sector financiero y, que actúan en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local.

A su vez, las empresas públicas están facultadas para crear empresas subsidiarias en las que el Estado tendrá mayoría accionaria; empresas filiales que son sucursales de empresas públicas matriz y, que desarrollan sus actividades o prestan sus servicios de manera descentralizada y desconcentrada; además, agencias y unidades de negocio que son áreas administrativas-operativas de la empresa pública.

del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, tiene carácter normativo y vinculante general, según lo dispuesto en el art. 159 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵⁷ Claro ejemplo de lo señalado se da en el sector hidrocarburífero. La Constitución en el numeral 11 del art. 261 establece que, es de competencia exclusiva del Estado central los recursos hidrocarburíferos, así también, el art. 315 establece como un sector estratégico a los recursos naturales no renovables, entre ellos los hidrocarburos y, específicamente, el transporte y refinación de hidrocarburos; por otra parte, el art. 326, numeral 15 de la misma norma, señala que la producción de hidrocarburos es un servicio público cuya prestación no podrá ser paralizada. En concordancia, el art. 2 de la Ley de Hidrocarburos señala que la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos la realiza el Estado de forma directa a través de empresas públicas, siendo el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, el que determina y asigna las áreas de operación directa de las empresas públicas, a través de una resolución motivada, en la que se establecerá la delimitación del área y demás condiciones de exploración y explotación. La Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Ecuador - Petroamazonas EP, creada mediante Decreto Ejecutivo 314, publicado en Registro Oficial Suplemento No. 171, de 14-abril-2010, tiene como objeto principal de creación la gestión de las actividades asumidas por el Estado en el sector estratégico de los hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en las fases de exploración y explotación, para el efecto, el Ministerio del ramo, con resolución motivada, asignará a Petroamazonas EP, las áreas para su operación, y solo en caso en que determine que las empresas públicas no tienen la capacidad técnica o económica para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación, o se establezca motivadamente, la conveniencia de delegación de actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos a la iniciativa privada se delegará, de forma excepcional, a la gestión de empresas privadas, nacionales e internacionales de probada experiencia y capacidad técnica y económica, a través de un proceso licitatorio y bajo las modalidades previstas en la ley.

Adicionalmente, se establece la posibilidad de constituir empresas públicas de coordinación, para articular y planificar las acciones de un grupo de empresas públicas creadas por un mismo nivel de gobierno, rol que actualmente cumple la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas,⁵⁸ en las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva. Una empresa coordinadora tiene por objetivo planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas, sus subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio.

En cuanto a, las formas de creación de las empresas públicas, se prevé cuatro:

1. Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva.
2. Por acto normativo legalmente emitido por los gobiernos autónomos descentralizados.
3. Con escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, excepto los parroquiales.
4. Mediante resolución de creación del máximo organismo universitario de las universidades públicas.⁵⁹

Parte importante de las empresas públicas es su organización empresarial, previéndose para el efecto un Directorio y un Gerente General, órganos de dirección administración, respectivamente.⁶⁰

A continuación, se mencionan algunos aspectos relevantes previstos para las empresas públicas.

3.2.1. Aspectos societarios

La Ley Orgánica de Empresas Públicas contempla que se podrán constituir empresas coordinadoras de empresas públicas para articular y planificar las acciones de un grupo de empresas creadas por un mismo nivel de gobierno, también, se prevé la constitución de empresas públicas subsidiarias [sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública], filiales [sucursales de la empresa pública matriz], de rentabilidad social exclusiva, y Agencias y Unidades de Negocio [áreas administrativo-operativas de la empresa pública].⁶¹

⁵⁸ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 842*, Registro Oficial 647, 11 de diciembre de 2015, art. 1. Con Decreto Ejecutivo 842 se crea la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas - EMCO EP.

⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 5.

⁶⁰ *Ibíd.*, art. 6.

⁶¹ *Ibíd.*, arts. 4 y 5.

La fusión entre empresas públicas puede ser de dos formas:

- a) Dos o más empresas se juntan para formar una nueva empresa, asumiendo esta última todos los derechos y obligaciones de las empresas fusionadas.
- b) Absorción de una empresa a otra, en este caso, la empresa absorbente asume todos los derechos y obligaciones de la absorbida, la cual se liquida.

Para que opere la fusión se requerirá de la resolución del Directorio de las empresas nacionales o seccionales que intervendrían en el proceso de fusión.⁶²

Las empresas públicas podrán dividirse o escindirse en dos o más empresas, sobre la base de la recomendación motivada de los órganos directivos de la empresa pública.⁶³

Otro aspecto importante previsto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas es la liquidación de las empresas públicas, figura que procederá cuando estas hayan dejado de cumplir los fines u objetivos para los que fueron creadas, o su funcionamiento ya no resulte conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público, siempre que no fuese posible su fusión.⁶⁴

3.2.2. Aspectos asociativos

Las empresas públicas pueden constituir cualquier forma de asociación, alianzas estratégicas o sociedades de economía mixta,⁶⁵ con capital o empresas del sector público o privado, nacional e internacional, o de la economía popular y solidaria, para atraer capital, ampliar su capacidad operativa y, transferir tecnología, lo que les permitirá ser más competitivas en el mercado, por tanto, la asociatividad de las empresas públicas se deberá orientar al cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales. Los acuerdos

⁶² *Ibíd.*, art. 48.

⁶³ *Ibíd.*, art. 49.

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 55.

⁶⁵ *Ibíd.*, art. 35. La Ley de la materia, en el artículo 35 establece que las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria. Además, según el mismo artículo, la empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida. La empresa pública podrá contratar la administración y gestión de la empresa, sea ésta pública o mixta. Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, la empresa pública podrá participar en éstas con un porcentaje no mayoritario. Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente y por concurso público. No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.

asociativos e inversiones previstas para las empresas públicas deberán ser aprobados con resolución del Directorio, en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales, presentados mediante informe motivado.

En cuanto a, la empresa pública mixta, la Ley de la materia es explícita en señalar que el Estado deberá tener la mayoría de la participación accionaria, sin embargo, para otro tipo de asociaciones puede tener una participación menor. De conformidad con el artículo 316 de la Constitución de la República, las empresas públicas mixtas por delegación pueden participar en sectores estratégicos y servicios públicos.

Como modalidad de gestión delegada, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, regula la asociación público-privada, orientada a fomentar la inversión, desarrollo y, producción en el Ecuador, para la provisión de bienes, obras o servicios, a cargo de un gestor privado.⁶⁶

3.2.3. Aspectos laborales

La administración del talento humano de las empresas públicas, su designación y contratación se realizará de conformidad a los principios y políticas establecidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Codificación del Código del Trabajo y, las leyes internas de la administración pública.⁶⁷ El artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala que quienes trabajen, presten sus servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas son servidores públicos, pudiendo ser de libre designación y remoción, de carrera u obreros⁶⁸.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece que, en las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por ende, en las empresas públicas no se aplica la Ley Orgánica del Servicio Público⁶⁹.

En las normas internas de administración del talento humano, se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y

⁶⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.

⁶⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 17.

⁶⁸ *Ibíd.*, art. 18.

⁶⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Suplemento, 06 de octubre de 2010, art. 3.

remuneraciones, cuya aprobación y expedición es competencia del Directorio de la empresa.

3.2.4. Aspectos contractuales

En materia contractual, las empresas públicas se rigen por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y demás disposiciones emitidas para el efecto. Toda contratación, sea de bienes, obras, servicios o consultorías, deberán sujetarse al Plan Nacional de Desarrollo, con el que guardarán conformidad el Plan Estratégico y Plan Anual de Contratación de la empresa.

Por otra parte, se contempla un régimen especial de contratación, de manera que los contratos o convenios como, alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, suscritos por las empresas públicas, serán los que establezcan sus procedimientos de contratación y normativa, rigiéndose en lo no previsto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Una de las modalidades previstas para la contratación en las empresas públicas es el giro específico del negocio, normada en el artículo 104 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,⁷⁰ en virtud de la cual, las empresas relacionadas con el giro específico, reguladas por leyes específicas, no están sujetas a las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aunque es el Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública quien determinará el giro específico⁷¹.

3.2.5. Aspectos tributarios

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 41 establece que las empresas públicas se rigen por el régimen correspondiente al de las entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones previstas en el Código

⁷⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 104. Las contrataciones a cargo de las empresas, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General; siempre que estén habilitados por esas normas específicas.

⁷¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 2.

Tributario, la Ley de Régimen Tributario Interno y, demás normativa tributaria⁷². El artículo 35 del Código Tributario determina que las empresas públicas están exentas del pago de impuestos⁷³.

El artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, además, prevé que las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación, por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y, del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

La Disposición General Quinta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que las empresas públicas no están obligadas a llevar su contabilidad aplicando normas de contabilidad gubernamental, sino más bien principios de contabilidad de general aceptación y normas internacionales de contabilidad.

3.2.6. Aspectos presupuestarios

La Constitución de la República establece que el Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, excepto los de las empresas públicas⁷⁴; adicionalmente, señala que el Banco Central del Ecuador creará cuentas especiales para el manejo de los depósitos de las empresas públicas y gobiernos autónomos descentralizados⁷⁵.

Dentro de las formas de financiamiento para las empresas públicas, previstas en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se contempla:

- Ingresos que provengan de la comercialización de bienes y prestación de servicios o de otros emprendimientos; rentas que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales; emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios. Las empresas que exploren, exploten o comercialicen recursos naturales no renovables, o transporten y refinen hidrocarburos, pueden emitir certificados

⁷² Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 41.

⁷³ Ecuador, *Código Tributario*, Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005, art. 35.

⁷⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 292.

⁷⁵ *Ibíd.*, art. 299.

de contenido crediticio, en función de la proyección de ingresos futuros derivados de la actividad de la empresa.

- Si las empresas públicas, subsidiarias y filiales tienen capacidad financiera, pueden beneficiarse del otorgamiento de garantías soberanas para el financiamiento de proyectos de inversión.⁷⁶

Desde el punto de vista del control, por ser el capital y patrimonio de las empresas públicas recursos públicos, cuya administración debe responder a principios de eficiencia, responsabilidad, seguridad y transparencia, dichas entidades están sujetas al control que para el efecto realicen la Contraloría General del Estado [control externo], la Unidad de Auditoría Interna de la empresa [control previo y recurrente] y, el Consejo de Participación Ciudadana.⁷⁷

Continuando con las normas que rigen a las empresas públicas, en relación con, la impugnación administrativa o jurisdiccional de sus actos, las disposiciones del Código Orgánico Administrativo y el Código Orgánico General de Procesos les son aplicables, no obstante, su eficacia se determinará en el siguiente capítulo.

Si bien no corresponde a una norma, el Plan Nacional de Desarrollo, Toda Una Vida 2017-2021,⁷⁸ [instrumento de diálogo social y político, fundamentado en la planificación que busca lograr acuerdos nacionales] resalta aspectos importantes a atenderse en la administración y gestión de las empresas públicas. Así, el Objetivo 5: Impulsar la Productividad y Competitividad para el Crecimiento Económico Sustentable de Manera Redistributiva y Solidaria, visualiza a las empresas públicas como “[...] agentes que promueven su desarrollo económico y social a través de su intervención estratégica en los mercados mediante la provisión de bienes y servicios de calidad, dinamizándolos, a su vez gestionando de manera eficiente los recursos de los sectores estratégicos”,⁷⁹ en relación a ello, se establece como política de este objetivo “fortalecer a las empresas públicas para la provisión de bienes y servicios de calidad, el

⁷⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 42. Por otra parte, el art. 34 de la Ley de la materia establece que todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial.

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 47.

⁷⁸ Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “Plan Nacional de Desarrollo, Toda Una Vida 2017-2021”, *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*, 2017. https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_OK.compressed1.pdf.

⁷⁹ *Ibíd.*, 80.

aprovechamiento responsable de los recursos naturales, la dinamización de la economía, y la intervención estratégica en mercados, maximizando su rentabilidad económica y social”,⁸⁰ en consecuencia, la meta al 2021 será, “reducir la dependencia del presupuesto de las empresas públicas del presupuesto general del Estado”.⁸¹

Por ende, las políticas y metas de planificación para el periodo de gobierno, están alineadas a las disposiciones de la Constitución de la República vigente y la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

4. Naturaleza jurídica de la empresa pública

Para determinar la naturaleza jurídica de la empresa pública, es necesario distinguir el concepto de naturaleza jurídica del de régimen jurídico, concebidos como iguales cuando no lo son, aunque cabe señalar que son nociones relacionadas.

Manuel Ossorio define a la naturaleza jurídica como la “[...] calificación que corresponde a las relaciones o instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo. Así, por ejemplo, la naturaleza jurídica de la sociedad será la de un contrato plurilateral, desde la perspectiva de su constitución, y la de una persona jurídica, desde el ángulo de su existencia como organización”.⁸²

Doctrinariamente, la naturaleza jurídica es concebida desde tres perspectivas:

- a) Esencia: los términos naturaleza jurídica y esencia son empleados como sinónimos; la esencia es lo que hace que una cosa sea lo que es, el constituyente o característica primordial de una cosa y, por ende, la diferencia de lo que no es. “La naturaleza – escribe Aristóteles – es la esencia de los seres que poseen en sí mismos principio de actividad [...]. En su acepción ordinaria –escribe Santo Tomás–, *naturaleza* designa aquello que significa definición; ahora bien, esta última indica lo que una cosa es; de donde se deduce que en su acepción ordinaria esta misma naturaleza se llama *esencia o quiddidad*”.⁸³ *Naturaleza* significa siempre esencia, peculiaridad, normalidad.⁸⁴

⁸⁰ *Ibíd.*, 74.

⁸¹ *Ibíd.*, 75.

⁸² Manuel Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica”, (Guatemala: *Datascan S.A.*, 2012), https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf.

⁸³ José Luis Estévez, “Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho* n.º 4 (1956): 159-0. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>.

⁸⁴ Estévez, “Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica”, 165.

- b) Estructura: la naturaleza jurídica viene asemejada a la organización de una institución, es decir, corresponde a la *estructura* que la ley le otorga en los elementos que la realidad le suministra, así:

Aunque sea siempre el derecho el que reconozca tal realidad, por cuya razón es posible hablar de naturaleza de un instituto en el sentido de estructura del mismo; es decir, modo como es configurado por obra del derecho [...]. Decir *naturaleza jurídica* o decir *configuración jurídica* es, poco más o menos, lo mismo. Por lo demás, el perfil de cualquier institución jurídica, es decir, su estructura, habrá de venir determinada por el conjunto de normas jurídicas que la regulan.⁸⁵

- c) Categoría, tipo o género: a través de esta noción se pretende encuadrar a la naturaleza jurídica de una institución en un *género próximo* o en un *género supremo*, en torno a ello, se ha referido:

Toda institución, cualquiera que sea, lo mismo da que pertenezca al Derecho público o al Derecho privado, reposa sobre una idea general de la que es aplicación y desenvolvimiento. Tal idea es un principio rector, y la reglamentación que se le confiere consiste solo en las consecuencias que se deducen de aquel principio. La naturaleza jurídica de una institución estriba en los procedimientos técnicos, en las categorías jurídicas por cuya mediación el Derecho realiza y sanciona la idea general que a esa institución sirve de principio.⁸⁶

Así, el término naturaleza es entendido como “esencia y propiedad característica de cada ser”⁸⁷ y, jurídico como un “[...] adjetivo que expresa la pertenencia de algo al Derecho o la identificación de que algo se ajusta a él”.⁸⁸

Por una parte, con naturaleza jurídica podemos designar al conjunto de rasgos que permiten identificar una institución del Derecho, distinguiéndola de las demás de una manera adecuada, lo cual permite sobre todo su manipulación mental práctica; su correlato lógico está representado por las descripciones que dan algún conocimiento de una cosa, por los accidentes que le son propios y que la determinan suficientemente como para dar de ella una idea que la distinga inequívocamente de las demás. [...] Otras veces, la expresión naturaleza jurídica puede indicar aquellos rasgos que son necesarios y suficientes para comprender la presencia de los demás y para explicar el comportamiento de un instituto; su correlato lógico es la definición propiamente dicha.⁸⁹

Entonces, el régimen jurídico constituye las normas aplicables a una institución, organismo o entidad y, la naturaleza jurídica el elemento característico de este, su

⁸⁵ *Ibíd.*, 165-6.

⁸⁶ *Ibíd.*, 166-7.

⁸⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española, Tomo VII*, (España: Espasa, 2002), 1.061, citado por Álvaro Mejía Salazar, *Los Recursos Administrativos Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria, Primera edición*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP, 2011), 1.

⁸⁸ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1998), citado Álvaro Mejía Salazar, *Los Recursos Administrativos Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria*, Corporación de Estudios y Publicaciones (2011): 1-2.

⁸⁹ *Ibíd.*

definición, su esencia. Por lo expuesto, naturaleza jurídica no puede ser empleado como sinónimo de régimen jurídico, aunque cabe señalar que el régimen jurídico puede prever la estructura u organización de una institución, sus características diferenciadoras y definición, que son formas de concebir la naturaleza jurídica, resaltando que, esta única concepción sería insuficiente para definir la naturaleza jurídica de algo. En este sentido tenemos:

El solo hecho de que una entidad estatal se cree, se constituya, o se rija por el derecho privado no hace que su naturaleza jurídica necesariamente sea de derecho privado, pues este criterio desconocería que el legislador, en muchos campos -pero no en forma absoluta- tiene la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su naturaleza de entidad pública.⁹⁰

Tomando como referencia las características que Juan Carlos Cassagne establece para las empresas públicas, a continuación, identifiqué características de las empresas públicas en el Ecuador:

- Son entidades de la gestión descentralizada del Estado y, poseen personalidad jurídica propia;
- Su patrimonio reviste carácter estatal, por tanto, sus recursos son públicos y su único propietario es el Estado;
- Se encuentran sujetas al Contralor del Estado Nacional, en consecuencia, sus recursos son auditados;
- En su relación con la Administración Pública se rigen por las reglas y principios atinentes a las relaciones interadministrativas;
- En sus actos se rige por el derecho público y privado. En Ecuador, se requiere que el ordenamiento jurídico reconozca que las empresas públicas se rigen por el derecho público y privado;
- No pueden ser declaradas en quiebra, en efecto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la liquidación de las empresas públicas para los casos en que se haya cumplido su objeto para el cual fue creada o ya no se justifique su existencia.; y,
- Tienen por objeto la realización de actividades industriales o comerciales o servicios públicos.⁹¹

⁹⁰ Bogotá Secretaría General de la Alcaldía Mayor, Consejo de Estado, *Fallo 17907 de 2012, Naturaleza jurídica – Es diferente a régimen jurídico / Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios – Son sociedades por acciones, Régimen jurídico mixto*, 2012: 471-2.

⁹¹ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, 8.^a ed. (Buenos Aires: Editorial LexisNexis, 2006).

A manera de conclusión, en cuanto a la naturaleza jurídica de las empresas públicas puedo decir que es:

1. *Económica y/o social* al ser instrumento del Estado, empleado para realizar una actividad empresarial o prestar un servicio público, coadyuvando a la realización de los fines de política pública económica o social, propios del poder público, en vigilancia y cumplimiento de los intereses colectivos, procurando el desarrollo del país,⁹² para lo cual gozan de autonomía de gestión, financiera, presupuestaria, económica y administrativa; y,
2. *Pública* por:
 - 2.1) Ser una organización autónoma de la Administración Pública que se rige por las disposiciones de esta, en cuanto está dotada de poder público, para gestionar, de manera directa los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas.
 - 2.2) Tener como un único propietario al Estado, por ende, sus recursos son cien por ciento públicos, lo cual genera que estén sujetas al control que sobre el manejo y administración de recursos ejerce la Contraloría General del Estado.
 - 2.3) Ser de derecho público, en cuanto al ejercicio de la función administrativa y, de derecho privado, en razón de sus actos de comercio o industriales.

Los elementos arriba señalados son característicos de las empresas públicas del Ecuador, de manera que la diferencian de la empresa privada y, del resto de las modalidades de empresas en las que el Estado interviene como, la empresa de economía mixta o subsidiaria.

Definida la naturaleza jurídica de las empresas públicas, es necesario abordar otro de los temas pendientes de análisis referente a, la naturaleza jurídica de sus actos, es por ello que, se debe determinar si la actividad que desempeñan corresponde a una actividad administrativa o no.

Al efecto, la administración pública “[...] no es otra cosa que la actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado para lograr sus objetivos por medio de

⁹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 275. La Constitución contempla un régimen de desarrollo, entendido como “[...] el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay”, del cual el Estado es responsable de su planificación.

un aparato orgánico, sometido al ordenamiento jurídico”,⁹³ actividad que es regulada por el Derecho Administrativo, cuyas finalidades primordiales son:

- El desarrollo económico y social de la población;
- La prestación de servicios públicos adecuados y oportunos;
- La seguridad colectiva e individual;
- La seguridad jurídica;
- El logro del bien común; y,
- La aplicación de la ley y la justicia.⁹⁴

En consecuencia, la administración no es una actividad exclusiva de la Función Ejecutiva, al ejercerse en la Función Legislativa, Judicial y justicia indígena [división clásica del poder] y, en el caso ecuatoriano, también, en la Función de Transparencia y Control Social y, Electoral, tomando en cuenta, que las actividades de administración están dirigidas a “[...] la promoción de unos fines públicos, a la gestión con mira a los resultados, a la satisfacción de necesidades colectivas, al servicio del conglomerado humano”.⁹⁵ Elemento distintivo de la actividad administrativa en la Función Administrativa y las otras funciones, es la realización inmediata y práctica de los objetivos públicos.

En este contexto, Ricardo Quintana Ramírez señala:

La EP, tal como está concebida en nuestra actual legislación, es una Administración Pública desconcentrada y, en tal consideración, le corresponde el ejercicio de las potestades estatales o poder de policía”; poder, que citando a Luis Jordana “consiste en la facultad de la Administración Pública de ejercer tres actividades fundamentales: a) El fomento, que tiene por objeto proteger y estimular que los particulares desarrollen una determinada actividad que, de manera indirecta, servirá para alcanzar los fines del Estado; b) La actividad de policía, que previene y reprime haciendo uso de la coacción; y, c) Los servicios públicos, a través de los cuales la Administración alcanza los fines estatales, de forma directa y con sus propios medios”, lo que le permite deducir que las empresas públicas en este sentido señala que la “actividad de policía que es parte de la función administrativa.”⁹⁶

Por su parte, el artículo 89 del Código Orgánico Administrativo establece que las actuaciones administrativas son el acto administrativo, el acto de simple administración, el contrato administrativo, el hecho administrativo y, el acto normativo de carácter

⁹³ Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 40.

⁹⁴ *Ibíd.*, 41.

⁹⁵ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, 21.ª ed. (Madrid: Editorial Trivium, 2002), citado en Juan Carlos Benalcázar, “El acto administrativo en materia tributaria” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2004), 11-2, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1175/1/T0332-MDE-Benalcazar-El%20acto%20administrativo.pdf>.

⁹⁶ Quintana Ramírez “Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas Ecuatorianas”, 38.

administrativo, además, prevé que las administraciones públicas, excepcionalmente, pueden emplear instrumentos de derecho privado; disposición que guardaría conformidad con la propuesta de reforma que sobre el régimen jurídico aplicable a las empresas públicas se plantea en este trabajo investigativo.

En la actuación de naturaleza pública–administrativa de las empresas públicas, es el ejercicio de la función administrativa, es su elemento distintivo, por ende, su finalidad será el alcanzar el bien común.

Sobre la naturaleza jurídica de los actos, hechos y contratos de la empresa pública, en el ordenamiento jurídico existen dos referencias normativas, la primera, la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al especificar que los actos, hechos y contratos que, “[...] expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente [...]”⁹⁷ son de naturaleza administrativa; y, la segunda, el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al señalar que los contratos a los que se refiere dicha norma, son de naturaleza administrativa, en cuanto no se deriven del régimen especial previsto en el Reglamento General de dicha Ley, en conclusión, por disposición legal, los actos, hechos y contratos para la construcción de obra pública e infraestructura y los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son de naturaleza administrativa. De dichas referencias normativas tenemos que no se puede clasificar como administrativa a toda actuación de las empresas públicas.

En armonía con lo anterior, Ricardo Quintana Ramírez señala:

De nuestro análisis podemos señalar que, en los negocios jurídicos en que participan las EP como proveedoras de bienes y servicios destinados al mercado (en aplicación del giro específico del negocio), no se generan ni actos ni hechos administrativos debido a que las EP no actúan en ejercicio de la facultad administrativa, sino como un proveedor más en determinado ramo del comercio.⁹⁸

A mi criterio, las empresas públicas intervienen en el mercado como un agente más de la oferta y demanda, compitiendo en igualdad de condiciones con terceros que ofrecen sus servicios o bienes, rigiendo sus relaciones a un régimen comercial, sin que pueda hacer valer el poder público que les asiste, y, cuando ejercen una potestad estatal se regirá, por el derecho administrativo.

⁹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Disposición General Primera.

⁹⁸ Quintana Ramírez “Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas Ecuatorianas”, 60.

5. La empresa pública creada por decreto ejecutivo

Objeto de análisis de este trabajo es la empresa pública creada por decreto ejecutivo, como consecuencia, de la poca claridad y restringida aplicabilidad de los recursos administrativos de impugnación previstos en el Código Orgánico Administrativo, respecto de los actos administrativos que emite su máxima autoridad administrativa. Debo indicar que los apartados analizados en este capítulo, como son, la definición de empresa pública, el régimen jurídico y, la naturaleza jurídica de las empresas, así como, de sus actos, son de gran relevancia para determinar la vulneración o no del derecho de impugnación en las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, lo que sería imposible, si previamente no hubiera definido los aspectos antes señalados.

En la actualidad, las empresas públicas de la Función Ejecutiva son: diez, cuya gestión está orientada al sector estratégico; siete, cuya actividad la desempeñan en el sector productivo; cuatro que se desenvuelven en el sector social; una que está en proceso de liquidación; y, tres compañías de economía mixta que si bien no tienen como acto constitutivo un decreto ejecutivo, son subsidiarias de las empresas públicas, EP Petroecuador, Petroamazonas EP y, Enami EP, inmersas en los sectores estratégicos de hidrocarburos y minería. (Ver Tabla 1.)

A continuación, analizaré las empresas públicas de la Función Ejecutiva desde dos aspectos:

- a) Aspectos formales de creación.
- b) Las condiciones de creación y contenido.

Los aspectos formales de creación corresponden a, los mecanismos jurídicos o actos con los que se da vida a las empresas públicas, en el caso de las empresas de la Función Ejecutiva son los decretos ejecutivos,⁹⁹ de conformidad con el artículo 5, numeral 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con lo dispuesto en

⁹⁹ Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 75-6. En cuanto a los decretos, el autor señala que son la forma de expresión jurídica escrita de la autoridad pública, representada por el Ejecutivo. Es la manifestación jurídica de la voluntad del Presidente de la República, que regula situaciones concretas. Mediante esta forma de expresión se resuelven asuntos relativos a las competencias presidenciales [...]. En suma, el decreto es la forma, el recubrimiento de una decisión jurídica presidencial, que siempre tiene implicaciones en el ordenamiento institucional del país. [...].

el artículo 45, tercer inciso¹⁰⁰ del Código Orgánico Administrativo, y el artículo 11, letra f)¹⁰¹ del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva.

Para la creación de empresas públicas de la Función Ejecutiva, se deben cumplir ciertos requisitos que permitirán determinar la pertinencia y viabilidad de la emisión del decreto ejecutivo correspondiente, por parte del Presidente de la República.

Dentro de este contexto, con Decreto Ejecutivo No. 1064, se expidieron las Directrices para la Creación de Empresas Públicas por parte de la Función Ejecutiva¹⁰², que prevén que las entidades y organismos de la Función Ejecutiva que gestionen la creación de empresas públicas, deberán obtener de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo¹⁰³ un “Informe Previo de Pertinencia”, que incluirá:

1. Objetivos de creación de la empresa.
2. Datos generales de la propuesta de creación.
3. Articulación normativa e institucional.
4. Diagnóstico institucional del área a intervenir.
5. Análisis de la rentabilidad.
6. Estimación de beneficios previsibles que generará la creación de la empresa.
7. Propuestas de modelo de gestión, organigrama funcional y propuesta remunerativa inicial.

En cumplimiento del artículo 2 de las Directrices para la Creación de Empresas Públicas por parte de la Función Ejecutiva, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, emitió la Norma Técnica de Cumplimiento Obligatorio Previo a la Creación

¹⁰⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 45. En ejercicio de la potestad de organización, la o el Presidente de la República puede crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la administración pública central, cualquiera sea su origen, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su adscripción o dependencia.

¹⁰¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 2428*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, art. 11. Dentro de las atribuciones y deberes del Presidente de la República, consta la de adoptar decisiones de carácter general o específico, según corresponda, mediante decretos ejecutivos y acuerdos presidenciales.

¹⁰² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1064*, Registro Oficial 651, 01 de marzo de 2012.

¹⁰³ El Presidente de la República mediante *Decreto Ejecutivo 732*, Registro Oficial 496, Suplemento, 28 de mayo de 2019, dispuso la supresión de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – SENPLADES y la creación de la Secretaría Técnica de Planificación “Planifica Ecuador”, a cargo de la planificación nacional de forma integral; adicionalmente, transfirió a la Secretaría General de la Presidencia de la República, como entidad rectora de la administración pública, todas las atribuciones sobre el proceso de diseño institucional de las entidades e instancias de la Función Ejecutiva, y a la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas (EMCO EP), la planificación estratégica de las empresas públicas. En razón de las nuevas funciones otorgadas por el Decreto No. 732, la Secretaría General de la Presidencia de la República es la encargada de la ejecución y verificación de cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 1064, sin embargo, será necesario una coordinación previa con Planifica Ecuador y la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas (EMCO), al ser las otras entidades con competencias de planificación en las empresas públicas, debiendo analizarse la pertinencia de la emisión de un nuevo decreto o la reforma al 1064.

de Empresas Públicas de la Función Ejecutiva¹⁰⁴ para “[...] todos los organismos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional, que dependen de la Función Ejecutiva y que gestionen la creación de empresas públicas”.¹⁰⁵

En dicha Norma Técnica se establece que el proyecto de creación de empresas públicas deberá indicar: objetivo general de creación, objetivos específicos, tiempo estimado o propuesto de operación de la empresa, análisis de rentabilidad, sector en el que la empresa desarrollará sus actividades, nombre del organismo que propone la creación de la empresa pública, cobertura y localización de la empresa, articulación institucional y normativa, diagnóstico del área en la que intervendrá la empresa, análisis de la rentabilidad social, económica y financiera, modelo de gestión, organigrama funcional, e identificación de beneficios sociales, económicos y financieros.¹⁰⁶

El decreto ejecutivo de creación de la empresa por mandato legal deberá señalar el nombre de la empresa, objeto social, y el listado de los bienes muebles o inmuebles que forman parte de su patrimonio.¹⁰⁷

Adicionalmente, como requisitos mínimos para la creación de órganos y entidades administrativas, entre ellas las empresas públicas, se deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el Código Orgánico Administrativo:¹⁰⁸

Art. 51.- Requisitos mínimos para la creación de órganos y entidades administrativas. Para la creación de un órgano o una entidad administrativa se cumplirán los siguientes requisitos:

Determinación de su forma de integración y su dependencia o adscripción.¹⁰⁹

Delimitación de sus competencias.

Especificación de los recursos necesarios para su funcionamiento.

Presentación de informes de los órganos competentes en materia de planificación y finanzas, cuando se requiera.

Finalmente, las condiciones de creación y contenido están delimitadas en la normativa, principalmente, en la Constitución y la Ley Orgánica de Empresas Públicas y corresponden a:

1. El Estado es el único propietario de las empresas públicas, por tanto, son empresas unipersonales, cuyo capital y patrimonio es estatal.

¹⁰⁴ Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Acuerdo Ministerial n.º 570*, Registro Oficial 290, Edición Especial, 28 de mayo de 2012.

¹⁰⁵ Ecuador, *Acuerdo Ministerial n.º 570*, art. 1.

¹⁰⁶ Ecuador, *Acuerdo Ministerial n.º 570*, art. 2.

¹⁰⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 5.

¹⁰⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 51.

¹⁰⁹ Conforme se señala en el Capítulo segundo, considero que este requisito, de cumplírselo en las empresas públicas de la Función Ejecutiva, vulnera la autonomía de la que están provistas.

2. La empresa pública se debe orientar a la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas, por tanto, el ámbito de acción de las empresas públicas está delimitado por un determinado fin o una temporalidad específica.
3. La empresa pública tiene un derecho primario en la operación de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, y el desarrollo de otras actividades económicas, mientras que la iniciativa privada y de economía popular y solidaria lo hacen de manera excepcional.
4. La empresa pública debe servir para fines de política pública, es decir, no se debe centrar en objetivos comerciales, per se, sino que, debe ejercer su actividad en el marco de políticas públicas y planificación nacional orientada por el interés general.

Por otro lado, es importante destacar que mediante decretos ejecutivos se han expedido regulaciones aplicables únicamente, en las empresas públicas de la Función Ejecutiva, entre los que se encuentran.

5.1. Decreto Ejecutivo No. 842

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se creó la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas, con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria financiera, económica, administrativa y de gestión, cuyo objeto es “[...] planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas, sus subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio, constituidas por la Función Ejecutiva y de las que se llegaran a crear, fusionar o suprimir; con el fin de lograr mayores niveles de eficiencia en la gestión, técnica, administrativa y financiera”.¹¹⁰

Por ende, la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas tiene la facultad de emitir políticas, lineamientos, herramientas y metodologías que tengan por objeto la estandarización de la gestión de las empresas públicas; las directrices, instrucciones y

¹¹⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 842*, art. 2.

lineamientos para las empresas públicas, que emita el directorio de la Empresa Coordinadora tienen el carácter de obligatorio.

5.2. Decreto Ejecutivo No. 822

Con Decreto Ejecutivo No. 822 se expide el *Reglamento que regula las atribuciones, deberes y responsabilidades de los directorios y de las gerencias generales de las Empresas Públicas de la Función Ejecutiva*, que norma el ejercicio de las atribuciones y deberes de los directorios y de las gerencias generales de las empresas de la Función Ejecutiva y, aclara las responsabilidades de cada uno de estos órganos.¹¹¹

5.3. Decreto Ejecutivo No. 1174

Con la finalidad de normar de forma clara, la transferencia definitiva de actividades o emprendimientos y, bienes públicos, al sector privado, se expide el Decreto Ejecutivo 1174.

Los artículos 1 y 2 del referido Decreto establecen:

Art. 1.- *Ámbito.* - El presente Decreto Ejecutivo regula la distribución de competencias y los procedimientos por los que la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva, hacen líquidas las inversiones previamente efectuadas en actividades o emprendimientos y bienes públicos, para destinar los recursos resultantes al cumplimiento de los objetivos de la planificación nacional.

Para fines de este reglamento, se entienden como emprendimientos públicos a las empresas públicas, las compañías anónimas o compañías de economía mixta creadas por o de propiedad de la Función Ejecutiva.

Art. 2.- *Políticas públicas de uso, aprovechamiento o enajenación, de actividades o emprendimientos y bienes públicos.* - Corresponde adoptar las decisiones de política de uso, aprovechamiento o enajenación, de actividades o emprendimientos y bienes públicos, al Ministro rector del sector al que pertenece el bien o está subordinada la actividad materia del procedimiento de desinversión.¹¹²

Adicionalmente, se establece el procedimiento a seguir en las empresas públicas para que, a través de sus órganos directivos, opere la desinversión, ello, de conformidad con las disposiciones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones establece que en los casos en que las empresas públicas o mixtas no tengan capacidad técnica o económica

¹¹¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 822*, Registro Oficial 635, Suplemento, 25 de noviembre de 2015, art. 1.

¹¹² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1174*, Registro Oficial 831, Suplemento, 01 de septiembre de 2016, arts. 1 y 2.

o no puedan prestar el servicio, el Estado o sus instituciones, de forma excepcional, podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros. El tercer inciso del citado artículo, determina, entre otras modalidades de delegación, a la concesión, alianza estratégica u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público, salvo, cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.¹¹³

Asimismo, se expide el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada que contempla los mecanismos de iniciativa y selección de partícipes y proyectos¹¹⁴.

En conclusión, la empresa pública de la Función Ejecutiva, es un órgano institucional del sector público, creado por decreto ejecutivo, previo cumplimiento de requisitos de creación que determinarán su pertinencia y viabilidad técnica, económica, legal y social, destinado al cumplimiento de finalidades económicas con rentabilidad social, con el que el Estado central interviene directamente, a nivel nacional, en el desarrollo de actividades, sectores y, la prestación de servicios y bienes, sujeto al derecho público y privado, cuyos actos serán de naturaleza administrativa o civil, obligado al cumplimiento de la normativa que rigen a las empresas públicas, a las disposiciones que sobre la administración pública central se emitan, salvo disposiciones expresas en contrario o que afecten a su objeto de creación y, al control de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas.

¹¹³ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 100.

¹¹⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 582*, Registro Oficial No. 453, 6 de marzo de 2015.

Capítulo segundo

Impugnación de los actos de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo

En el capítulo anterior analicé normativa, doctrina y aspectos de las empresas públicas que me permiten concluir, en lo principal, que las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, son instrumentos de política¹¹⁵ económica y, pública del Estado central, se rigen por el derecho público y privado, cuya actividad será de naturaleza civil o administrativa, en la medida en que sus actos, hechos o contratos sean promulgados en ejercicio de la potestad pública y, de la facultad administrativa o no. A continuación, abordaré la impugnación de los actos que emiten las autoridades de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, en aras de lo dispuesto en los artículos 76, numeral 7, literal m) y 173 de la Constitución de la República¹¹⁶, que prevén que las actuaciones de toda autoridad de una entidad pública son susceptibles de ser recurridos.

Toda vez que las empresas públicas emiten actos de naturaleza civil o administrativa que pueden ser impugnados, es importante tener presente, lo que en palabras de Álvaro Mejía es la diferencia básica entre la impugnación que se ejerce en el Derecho Privado y la que se ejerce en el Derecho Público; así, en el Derecho Privado pese a que la impugnación es un derecho subjetivo, el sujeto puede aceptar la actuación pública, aun cuando esta le sea contraria a sus derechos y hasta al ordenamiento jurídico, de modo que, el particular tiene la facultad de renunciar a ejercer su derecho de solicitar la corrección, modificación o anulación de dicha actuación; en el caso del Derecho Público si bien el sujeto tiene la posibilidad de impugnar administrativa o judicialmente la actuación pública, para la Administración, la impugnación es un deber imperativo, toda vez que esta debe ceñirse a las garantías de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso, de forma que, en caso de evidenciarse la violación al ordenamiento jurídico, a los

¹¹⁵ Denominadas así, en la actualidad, por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, las cuales cumplen con una finalidad económica con rentabilidad social, principalmente respecto de la prestación de servicios públicos y la gestión de los sectores estratégicos.

¹¹⁶ La Constitución de la República prevé en el artículo 76, numeral 7, literal m), el derecho de recurrir un fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre derechos y, en el artículo 173 establece la posibilidad de recurrir administrativa o jurisdiccionalmente actos administrativos, fallos o resoluciones que emitan las entidades que integran el sector público, ello en virtud del reconocimiento de derechos y el garantizar su respeto por parte de los organismos del Estado, toda vez que estos son un límite al poder por el que ejercen su potestad pública.

intereses del Estado o del administrado, deberá iniciar las acciones correspondientes para rectificar dicha actuación. Es por ello, la relevancia de contar con las instituciones jurídicas, adecuadas y eficaces, para que el administrado pueda oponerse y solicitar la corrección de las actuaciones de las empresas públicas y, que la administración pueda rever sus resoluciones.

1. Impugnación en sede administrativa

Al recurrir en vía administrativa la actuación de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, se busca que la propia administración tenga la oportunidad de revisar sus decisiones y corregirlas, cuando estas adolezcan de errores. En vista de que en la esfera del Derecho Público, la impugnación a más de constituir un derecho de toda persona con interés jurídico, es una obligación para el Estado, al tener entre sus deberes primordiales el cabal acatamiento de las normas y, el garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, es indispensable que respecto de la exteriorización de la voluntad de los órganos públicos, “[...] el ordenamiento jurídico prevea instituciones que les permita a quienes se consideren afectados con las decisiones de la autoridad, oponerse a ellas y solicitar su corrección”.¹¹⁷

De ahí que, el Código Orgánico Administrativo, norma que regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que integran el sector público, entre ellas, las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, en lo que no afecte a las normas especiales que las rigen,¹¹⁸ establezca disposiciones para:

1. La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas.
2. La actividad jurídica de las administraciones públicas.
3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo.
4. El procedimiento administrativo.
5. La impugnación de los actos administrativos en vía administrativa.
6. La responsabilidad extracontractual del Estado.
7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora.
8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código.
9. La ejecución coactiva.¹¹⁹

¹¹⁷ Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 230.

¹¹⁸ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, art. 43.

¹¹⁹ *Ibíd.*, art. 42.

A fin de contextualizar la importancia de la impugnación en sede administrativa de los actos de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, es necesario indicar que, previo a la vigencia del Código Orgánico Administrativo, se presentaron varios inconvenientes por falta de claridad normativa en cuanto a la aplicabilidad o no del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, a pesar de que era el instrumento normativo que regulaba el funcionamiento, estructura general, procedimiento administrativo común y responsabilidades de las entidades y órganos de la Administración Pública Central e Institucional que integraban la Función Ejecutiva y, la única norma que contemplaba los procedimientos y mecanismos de impugnación en sede administrativa de las actuaciones de los órganos de la Administración.

Para solventar la duda antes expuesta, la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador,¹²⁰ consultó a la Procuraduría General del Estado si el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva le es o no aplicable, al no estar adscrita a ninguna entidad de la Función Ejecutiva, ni integrar dicha Función.

En respuesta, mediante Absolución de Consulta No. 00146, de 22 de diciembre de 2010, la Procuraduría General del Estado, después de analizar las características que debían cumplir las entidades de la Administración Pública Institucional, conforme el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y, señalar que la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, está a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, su reglamento y, demás disposiciones que expidan su Directorio y Gerente General, concluye que del decreto de creación de Petroecuador, no se desprende que es una entidad adscrita a algún órgano de la Función Ejecutiva, por tal razón, no le es aplicable el referido Estatuto.

En sentido contrario, con Oficio No. 0417 de 14 de noviembre de 2011, la Procuraduría General del Estado, en atención a la consulta presentada por la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos Petroamazonas EP, respecto de si le es aplicable oficios circulares emitidos por el Secretario General de la Administración Pública, relacionado con la contratación de seguros de vida y asistencia médica, analiza el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y, se pronuncia señalando: “[...] de conformidad con los artículos 2 letra ch) y 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva [...], se

¹²⁰ Con Decreto Ejecutivo No. 315, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171, de 14 de abril de 2010, se crea la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, sin establecer su dependencia ni adscripción a ningún órgano de la Función Ejecutiva.

concluye que Petroamazonas, forma parte de la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva [...]”; en este caso, el argumento de la Procuraduría General del Estado, consideró que el Directorio de Petroamazonas está integrado por autoridades o servidores que integran la Administración Pública Central.

Para subsanar el problema de aplicabilidad del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva a las empresas públicas, con Decreto Ejecutivo No. 618, publicado en el Registro Oficial No. 475, de 08 de abril de 2015, se incorpora en el citado Estatuto, la Tercera Disposición Transitoria que establece:

Tercera.- Las entidades y organismos autónomos del sector público que no cuenten en sus leyes y reglamentos generales con disposiciones que establezcan y regulen el procedimiento administrativo, podrán aplicar de manera supletoria las disposiciones previstas en el Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.¹²¹

Con posterioridad, el artículo 43 del Código Orgánico Administrativo zanja el vacío normativo producto del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y, los pronunciamientos del Procurador General del Estado, al disponer que este será aplicado en las empresas públicas en lo que no afecte a las normas especiales que las rigen. En consecuencia, y como señalé en el capítulo primero, el Código Orgánico Administrativo, regula la actuación administrativa de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo.

Los instrumentos para impugnar, en sede administrativa, las actuaciones administrativas de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo deben estar debidamente normados, de tal forma que constituyan una garantía de los principios de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y celeridad, es decir que, se eliminen todas las limitaciones y ambigüedades que restringen los derechos de petición e impugnación, previstos en los artículos 76, numeral 7, letra m) y, artículo 173 de la norma constitucional.

1.1. Procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo es el conjunto de actos, formalidades y pasos, previstos para la formación de la voluntad administrativa, de gran relevancia, por un lado, para la administración, ya que delimita su campo de acción en la adopción de medidas y

¹²¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 618*, Registro Oficial 475, 08 de abril de 2015.

decisiones para la satisfacción del interés general, orientándola al cabal cumplimiento de las normas y, de los principios y fines del Estado, lo que constituye su fundamento de existencia; por otro, para los administrados, en vista de que, las autoridades administrativas se someten al ordenamiento normativo y, velan por las garantías y derechos reconocidos. Por tanto, la doctrina señala:

El procedimiento administrativo no es sino la forma jurídica en que actúa la administración, su *modus procedendi*, instituido previamente para que a través de él la administración profiera sus actos administrativos. De esta idea se ha deducido que la legalidad de la actuación administrativa, en la medida en que es esta vía la que debe transitarse para llegar al acto administrativo, no se encuentra a la libre elección de los órganos correspondientes de la administración pública y ha debido ser prevista por normas superiores.¹²²

En este sentido, el procedimiento administrativo constituye la primera garantía de un sistema que busca evitar o corregir las lesiones a derechos e intereses de los particulares, además, establece los cauces por los cuales la administración debe actuar para que su actividad sea legítima; la segunda garantía son los recursos contra los actos y disposiciones de la administración; y, como última garantía tenemos a la revisión a posteriori que sobre la legalidad efectúan los jueces y tribunales,¹²³ criterio que comparto por ser concordante con los derechos y garantías previstas en la Constitución.

Por su parte, el Código Orgánico Administrativo prevé entre los derechos de las personas, el derecho a un procedimiento administrativo ajustado al ordenamiento jurídico y, establece disposiciones y bases comunes a todo procedimiento administrativo de los organismos del sector público, que ejercen una función administrativa, disposiciones que de conformidad a lo previsto en el primer párrafo del artículo 43 del referido Código, son aplicables en las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, siempre que no afecten a las normas especiales que les rigen.

En mi opinión, las disposiciones del Código Orgánico Administrativo deben ser de aplicación, directa y obligatoria en las empresas públicas, caso contrario, se abre la posibilidad que para materias especiales, consideradas así por la propia empresa, no se prevea un procedimiento administrativo y mecanismos idóneos de impugnación de la actividad administrativa, o que, la empresa, en el afán de salvaguardar sus actividades y

¹²² Jaime Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo: Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez*, 4.^a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 29-0.

¹²³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 7.^a ed., (México: Editorial Porrúa, 2004), 451-2.

funciones administrativas genere normativa ambigua y discrecional, en su beneficio, restringiendo el derecho de los administrados.

Por lo antes señalado, el artículo 43 del Código Orgánico Administrativo, en cuanto a su aplicación en las empresas públicas, no debería establecer una particularidad sobre las normas especiales que las rigen, toda vez que regula la actividad que en virtud de una función administrativa ejercen las entidades del sector público, en cuyo caso, las empresas públicas son una entidad más de la administración pública.

Para el efecto, se propone la eliminación de la referencia a la aplicabilidad del Código Orgánico Administrativo en las empresas públicas, en cuanto no afecten a sus normas especiales, como se muestra a continuación:

Art. 43.- **Ámbito subjetivo.** El presente Código es de aplicación a los órganos y entidades que integran el sector público, de conformidad con la Constitución.

Cuando en este Código se hace referencia a los términos administración o administraciones públicas se identifica a los órganos y entidades públicos comprendidos en su ámbito de aplicación.

Cuando en este Código se utiliza el término persona, además de referirse a las personas naturales, nacionales o extranjeras, se emplea para identificar a las personas jurídicas, públicas o privadas y a aquellos entes que, aunque carentes de personalidad jurídica, el ordenamiento jurídico les otorga derechos y obligaciones con respecto a la administración, tales como, comunidades de personas o bienes, herencias yacentes, unidades económicas o patrimonios independientes o, en general, universalidades de hecho o de derecho, entre otros.

1.2. Recursos para la impugnación

En materia administrativa, el recurso es el mecanismo o instrumento jurídico de impugnación por el que se activa la acción de pedir y exigir a la administración, el cumplimiento del ordenamiento jurídico y, el respeto de los derechos de las personas, en todo acto o resolución, que en virtud de la potestad pública emane de esta; por tal razón, de oficio o a petición de quien ve conculcado sus derechos subjetivos o interés legítimo, la administración revisará el acto erróneo, a fin de que sea modificado o se deje sin efecto.

En esta misma línea, Juan Carlos Cassagne señala:

El típico medio de impugnación de los actos que lesionan un derecho subjetivo o interés legítimo del administrado es el recurso, que debe ser distinguido de la reclamación y de la denuncia. El recurso es toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control, llamado tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado [...].¹²⁴

En cuanto al reclamo, el Código Orgánico Administrativo no lo considera como un recurso, no obstante, es la pretensión formulada a la administración, en razón de la afectación que, a través de su actuación, claramente definida y especificada en la normativa, está causando a los derechos subjetivos o interés legítimo de un particular. El objeto del reclamo está claramente definido en la normativa, mientras que la aplicación y pretensión del recurso es amplia.

Conforme lo señala Álvaro Mejía, la procedencia del reclamo se encuentra expresamente limitada a casos específicos, por lo que nuestra legislación identifica a este procedimiento como una herramienta propia del derecho de petición, lo que no es concordante con su razón de ser procedimental.¹²⁵

Así, el Código Orgánico Administrativo establece que la reclamación administrativa, procede respecto de los hechos administrativos, títulos de crédito y, la responsabilidad extracontractual del Estado, adicionalmente, se establece que mediante reclamación se puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo. Toda reclamación debe sustanciarse en procedimiento administrativo siempre que no se prevea un procedimiento específico para ese fin¹²⁶ y, resolverse en el término de treinta días, caso contrario, procederá el silencio administrativo positivo.¹²⁷ En consecuencia, el reclamo administrativo es una herramienta que puede emplearse respecto de la actuación administrativa de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, debiendo cumplirse los preceptos establecidos para el efecto.

Regresando a los recursos, tema de análisis de este apartado, cabe indicar que, su previsión en sede administrativa encierra, a más de proteger jurídicamente la relación entre administrado y administración, el cumplimiento y respeto de normas, derechos y principios, por parte de esta última, así como, la intención de que la propia administración tenga la oportunidad de corregir sus errores, favoreciendo al ahorro de recursos del Estado

¹²⁴ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abelardo Perrot, Artes Gráficas Candil, 1983), 316.

¹²⁵ Álvaro Mejía Salazar, *Los medios de impugnación ante el procedimiento contemporáneo* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015), 84.

¹²⁶ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, art. 72.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 207

y los particulares, al evitar una mayor carga procesal en los Tribunales Contenciosos Administrativos.

Al mismo tiempo, es importante referir que para que exista una buena administración pública, su actuación debe estar sometida a un control permanente, orientado a evitar o corregir las desviaciones que los poderes, entidades y organismos que cumplen una función administrativa, pudieran cometer. El accionar de dicho control se fundamenta en el establecimiento previo de instituciones y procedimientos para la actuación administrativa, los límites a dicha actuación y, la asignación de competencias y atribuciones, todas, previstas en la norma jurídica. Por ende, el control que sobre la actuación administrativa se debe efectuar, es un control de legalidad, que no es otra cosa que, verificar que la actuación de la administración pública esté conforme a la norma.

La Constitución de la República prevé que todas las instituciones que actúan en virtud de una potestad estatal pueden ejercer únicamente las competencias y facultades previstas en la norma primaria y la ley¹²⁸, por tanto, la ejecución de los actos de la administración debe estar sustentada en el principio de legalidad, por el que, la administración se somete al derecho.

Por el principio de legalidad se presume que “[...] la voluntad administrativa expresada por las decisiones de la administración, están enmarcadas en el ordenamiento jurídico”¹²⁹, sin embargo, es indudable que en la relación entre la administración y el administrado, los dos no se encuentran en igualdad de condiciones, es decir, la administración actúa en virtud de una potestad pública y persigue intereses generales, mientras que, el administrado busca un interés particular, es ahí, cuando la administración por cumplir sus fines, puede tomar decisiones arbitrarias o, realizar una interpretación inadecuada o errónea de las normas, siendo indispensable tomar los correctivos del caso y, garantizar el necesario equilibrio entre el poder de la administración y los derechos de los administrados; por consiguiente, la administración pública debe servir con objetividad los intereses generales, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico y al derecho.

El principio de legalidad es la base para el control de la arbitrariedad del poder y, constituye una garantía de estabilidad y seguridad para el administrado, al efecto, la regulación formal y expresa, es el primer signo de sometimiento de la administración al derecho. Al mismo tiempo, el principio de legalidad es presupuesto de la vigencia de los principios del debido proceso y seguridad jurídica.

¹²⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 226.

¹²⁹ Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 60.

Con relación al debido proceso, la Constitución de la República señala:

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes [...]
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.¹³⁰

Jaime Santofimio, por su parte señala que el debido proceso es:

La conjunción de garantías tales como: El ser oído antes de la decisión, participar efectivamente del proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información y documentación sobre la actuación, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, obtener asesoría legal, posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas.¹³¹

Como resultado, ese conjunto de procedimientos que deben cumplirse dan validez a la voluntad administrativa.

Por otro lado, el derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la Constitución de la República, se fundamenta en el respeto a normas jurídicas ciertas, claras, previas y públicas. Es la certeza del derecho y la valoración de la actividad, en todo a aquel. Esta certeza, abarca la presunción de legalidad y legitimidad de las normas jurídicas,¹³² por consiguiente, la seguridad jurídica se deriva del estricto cumplimiento de la norma.

En definitiva, la sujeción de la administración pública al principio de legalidad, efectivamente, es una garantía del principio de seguridad jurídica y debido proceso, cuyo control, se efectuará en las formas dispuestas en el ordenamiento, así, el artículo 173 de la Constitución de la República, respecto de los actos administrativos, prevé la vía administrativa o judicial.

De lo antes señalado, tenemos que, inexorablemente, la administración pública está obligada a someter su actuar al derecho, siendo el primer llamado, por el poder público que ejerce, a revisar que el principio de legalidad se cumpla a cabalidad,

¹³⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.

¹³¹ Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, 130.

¹³² Gregorio Cámara et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Belaguer Callejón, coord., vol. 1, 5ª. ed. (Madrid: Tecnos, 2010), 95.

controlando que el acto que emite genere consecuencias válidas, legítimas y legales, para ello, debe atender las peticiones, denuncias, reclamos y recursos previstos.

Los recursos para la impugnación en sede administrativa, de conformidad con el Código Orgánico Administrativo son el de apelación y extraordinario de revisión.

Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.

Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas.¹³³

Del artículo previamente citado, se tiene que existen dos recursos para impugnar los actos que emiten las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, mismos que se analizan a continuación, a fin de determinar su eficacia, así como, el cumplimiento de la norma constitucional respecto del derecho de impugnación en sede administrativa de los actos de las autoridades del Estado.

1.2.1. Recurso de Apelación

En torno a este recurso, Herman Jaramillo expresa:

Es un recurso administrativo de carácter ordinario, por el cual una persona afectada en sus derechos subjetivos solicita a un órgano de mayor jerarquía de la propia administración, revise la resolución adoptada por un órgano inferior con el fin de que la reforme o revoque por ser lesivo a sus intereses. El Recurso de Apelación se fundamenta en el principio de la jerarquía administrativa que permite a los órganos superiores de la administración conocer y revisar los actos de los órganos inferiores.¹³⁴

Con el recurso de apelación se busca que el jerárquico superior del funcionario u órgano que emitió el acto impugnado, revise si la actuación de su inferior está apegada a derecho, resolviendo confirmarlo, modificarlo, revocarlo o anularlo, de esta manera, se revisará nuevamente los fundamentos de hecho y normativa aplicable, que fueron empleados para adoptar una resolución dentro de un expediente.

La previsión del recurso de apelación demuestra la aplicación del principio de las dos instancias en la sede administrativa y, evidencia la plena conciencia del legislador de

¹³³ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, art. 219.

¹³⁴ Herman Jaramillo Ordóñez, *La Justicia Administrativa, el Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo*, (Loja: Offeset Grafimundo, 2003), 18.

que en algunos casos, será conveniente que sea un tercero jerárquicamente superior al funcionario emisor del acto denunciado, quien conozca la impugnación planteada y, en especial rigor, acuerde la solución jurídicamente requerida al caso concreto, sea esta la revocación, reforma, aclaración, ampliación o confirmación del acto administrativo.¹³⁵

El artículo 217 del Código Orgánico Administrativo establece que solo el acto administrativo puede ser impugnado en vía administrativa, mediante el recurso de apelación, además, el artículo 219 de la misma norma señala que el conocimiento y resolución de la apelación, le corresponde a la máxima autoridad administrativa de la administración pública, en la que se haya expedido el acto impugnado, finalmente, manifiesta que el acto que expida la máxima autoridad administrativa de la entidad, solo puede ser impugnado en vía judicial.

De las disposiciones que regulan el recurso de apelación tenemos que la única persona competente para su conocimiento y resolución, es la máxima autoridad administrativa de la entidad pública, es decir, la persona que ejercer su representación legal y, que por tanto, puede intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas de su competencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 47 del Código Orgánico Administrativo.¹³⁶

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el Código Orgánico Administrativo, establece en su artículo 6 que las empresas públicas tienen un órgano de dirección y uno de administración, a cargo del Directorio y del Gerente General, respectivamente. El Gerente General es el representante legal, judicial y extrajudicial de la empresa, por tanto, es el responsable de su gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa,¹³⁷ así, como máxima autoridad administrativa de la empresa pública creada por decreto ejecutivo, es el competente para conocer y resolver los recursos que sean presentados, respecto de los actos que expidan los responsables de los órganos o unidades administrativas de la empresa, lo cual, a la luz del Código Orgánico Administrativo, no implica ningún problema en cuanto a la atención de una impugnación planteada por un particular, sin embargo, el derecho a recurrir en sede administrativa se violenta cuando de los actos que emite la máxima autoridad administrativa de la empresa no cabe más que acciones en vía judicial.

¹³⁵ Salazar, *Los medios de impugnación ante el procedimiento contemporáneo*, 95.

¹³⁶ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, art 47. A la máxima autoridad administrativa de la entidad pública le corresponde ejercer la representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia.

¹³⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 10

Del Código Orgánico Administrativo se puede presumir que toda vez que, la apelación es un recurso de alzada, es decir que el superior o máxima autoridad administrativa de una entidad debe conocerlo y resolverlo, el legislador buscó evitar que el particular acuda a la administración a solicitar la revisión de un acto, cuando su máxima autoridad ya se pronunció sobre el asunto objeto de dicho acto, debiendo haber dado cumplimiento a todos los preceptos y formalidades normativas previstas (principio de legalidad), por lo que, la lógica podría llevar a concluir que se ratificaría en el mismo.

La imposibilidad de apelar en sede administrativa los actos expedidos por la máxima autoridad administrativa de una entidad, en mi opinión vulnera principios, derechos y garantías reconocidas en la Constitución, además, de la supremacía y prevalencia de la norma primaria sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, con la que, todas las normas y actos del poder público están obligados a guardar conformidad, caso contrario, carecen de eficacia jurídica, por tanto, el Código Orgánico Administrativo, atendiendo, principalmente, el derecho constitucional al debido proceso, legalidad e impugnación, del que nace la garantía de recurrir un fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, no debería contemplar tal restricción. A efectos de determinar si existe otra autoridad, a más del representante legal de la entidad administrativa, que pueda resolver la apelación de los actos que este expida, se realiza el siguiente análisis.

Cabe recalcar que las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo no son dependientes ni adscritas a ninguna entidad u organismo administrativo de la Función Ejecutiva, sin embargo, sí se rigen a las disposiciones que expide el representante de la Administración Pública Central, la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas, y del Directorio, cuyos miembros son representantes de entidades de la Administración Pública Central, es decir, existen autoridades dentro y fuera de la estructura organizativa de la empresa pública que podrían llegar a tener la competencia de conocer y resolver recursos de impugnación en vía administrativa de los actos expedidos por la máxima autoridad administrativa.

En este contexto, revisaré cada una de las posibilidades planteadas. En primer lugar, al Presidente de la República, que ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe de Estado y de Gobierno y, responsable de la administración pública,¹³⁸ asignarle la competencia de atender los recursos planteados a los actos de las máximas autoridades administrativas de

¹³⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 141.

las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo sería un despropósito. En segundo lugar, la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas conforme se señaló en el capítulo primero de este trabajo investigativo, es una entidad encargada de planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas, sus subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio, constituidas por la Función Ejecutiva, a fin de lograr altos niveles de eficiencia en la gestión, técnica, financiera y administrativa;¹³⁹ dirigida por un Directorio y un Gerente General, a cargo de empresas, cuyo objeto de creación y sector en el que se desenvuelven son variados, por lo que, los lineamientos y directrices que expide esta entidad son generales y, de aplicación uniforme a todas las empresas a su cargo, sin particularizar el ámbito de injerencia y, actuaciones administrativas de cada una de ellas. En resumen, el control que realiza la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas está orientado a mejorar la gestión de las empresas, mas no verificar el ejercicio de la función administrativa.

En último lugar, el Directorio, por mandato expreso del Código Orgánico Administrativo, en ningún caso será competente para conocer y resolver recursos de impugnación que se planteen en vía administrativa,¹⁴⁰ lo que según mi punto de vista es razonable, por ser un cuerpo colegiado de dirección, cuyo accionar está orientado a que las directrices, políticas y metas que emita, busquen alcanzar niveles de eficiencia y operatividad en la empresa, lo que se ve reflejado en las atribuciones que le han sido otorgadas, por ejemplo, aprobar líneas de crédito, autorizar inversiones, desinversiones, adquisición y enajenación de bienes, en fin, aspectos relacionados con planes estratégicos, objetivos de gestión, presupuesto, estructura organizacional, financiamiento y ejecución responsable del objeto de la empresa.¹⁴¹

En relación con, lo antes señalado, el Decreto Ejecutivo No. 822, de aplicación en todas las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo manifiesta:

Artículo 2.- Órganos de dirección y administración de las empresas públicas. - Son órganos de dirección y administración de las empresas públicas:

1. El Directorio, encargado de definir los objetivos, políticas y metas de la empresa; y,
2. La Gerencia General, encargada de la gestión integral de la empresa.

Artículo 3.- Atribuciones y responsabilidades del Directorio. - El Directorio es responsable de que los objetivos, políticas y metas de la empresa estén debidamente articulados con el Plan Nacional de Desarrollo, las estrategias nacionales y las políticas sectoriales.

¹³⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo* 842, art. 2.

¹⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 55.

¹⁴¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 9.

Las atribuciones legales del Directorio se ejercerán en el marco de garantizar la alineación a los estipulado en el Plan Estratégico Empresarial, el Plan General de Negocios, Expansión e Inversión, y otros instrumentos presentados por el Gerente General, y aprobados por el Directorio [...].¹⁴²

Igualmente, se debe considerar que por norma, los miembros del Directorio para adoptar decisiones se basan en “[...] los informes técnicos económicos y jurídicos provistos por los órganos a cargo de las actividades de ejecución y asesoría en la administración”,¹⁴³ los cuales, dentro de un recurso de apelación, si bien podrían ser elementos a ser tomados en cuenta al momento de resolver, no deberían ser determinantes, o ser considerados como la *base* para ello, caso contrario, se carecería de objetividad e imparcialidad, al ser informes emitidos por la propia administración de la que se impugna su actuación. Dentro de este contexto, el Decreto Ejecutivo No. 822, señala:

Artículo 3.- Atribuciones y responsabilidades del Directorio. – [...] El Directorio adoptará sus decisiones con fundamento en los estudios e informes presentados y emitidos por el Gerente General y demás órganos administrativos, técnicos y de asesoría de las empresas públicas y bajo responsabilidad de éstos. Los Directorios, de considerarlo necesario, podrán requerir del Gerente General aclaraciones, ampliaciones o nuevos estudios e informes, para adoptar las resoluciones pertinentes.¹⁴⁴

También, se considera que existen dos factores que, si bien no son determinantes para excluir del Directorio la competencia para resolver un recurso de apelación, en la práctica sí obedecen consideración; el primero, se refiere al conocimiento que sobre la actividad y gestión administrativa de la empresa pública se debe tener para resolver la apelación; el segundo factor, tiene relación con los plazos y términos a cumplirse para conocer, sustanciar y resolver el recurso de apelación y, la consecuencia de que no se lo realice en los tiempos previstos, a lo que, el quórum de instalación y decisorio del cuerpo colegiado podría contribuir, al ser sus miembros representantes de otros organismos administrativos o delegados, con asuntos y responsabilidades administrativas propias al cargo que ejercen.

Del análisis efectuado, puedo observar que ni el Presidente de la República, ni la Empresa Pública Coordinadora de Empresas Públicas, ni el Directorio de cada empresa deberían asumir la competencia de resolver la impugnación al acto de la máxima autoridad administrativa de la entidad empresarial, lo que no resuelve el problema, por

¹⁴² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 822*, arts. 2 y 3.

¹⁴³ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 55.

¹⁴⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 822*, art. 3.

ello, considero que el ministro del ramo o sector, en el cual cumple su objeto y gestión la empresa pública, podría hacerlo.

Los ministros son representantes del Presidente de la República en los asuntos propios del ministerio a su cargo,¹⁴⁵ ejercen la rectoría de las políticas públicas en la cartera de Estado que dirigen, adicionalmente, son miembros del Directorio de una empresa pública, en razón del sector que les ha sido encomendado y, en el que se desarrolla la empresa, asumiendo la presidencia del cuerpo colegiado, por tanto, en su calidad de ministros emiten directrices y disposiciones para la gestión de las empresas públicas, tienen conocimiento de la actividad administrativa, empresarial y financiera de las mismas, no solo por integrar el Directorio, sino por ser la máxima autoridad administrativa, después del primer mandatario, en el sector; además, comprenden, tienen noción y experiencia en el ámbito de acción del ramo del que la empresa pública es parte, es por ello, que a mi parecer, el ministro del sector debe asumir la competencia de revisar en apelación los actos del máximo representante de la empresa.

Lo antes señalado, estaba previsto en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, lo que, a mi juicio, garantizaba el derecho de impugnación de un acto, que por más que haya sido emitido por la máxima autoridad administrativa de una entidad puede contener errores, ser contrario al ordenamiento jurídico o lesivo a los derechos, toda vez que, la actuación efectuada en virtud del poder público no es infalible.

En aras de velar por el cabal cumplimiento de preceptos, principios y valores del ordenamiento jurídico, el debido proceso, la seguridad jurídica, la participación y contradicción frente al ejercicio administrativo y, garantizar el derecho de impugnación en sede administrativa, de los actos que emita la máxima autoridad administrativa de una entidad, se plantea que el artículo 219 del Código Orgánico Administrativo señale:

Art. 219.- Clases de recursos. - Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa de una entidad administrativa, solo puede ser impugnado ante el ministro de Estado del ramo del cual

¹⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 151.

es dependiente o adscrita. En el caso de las empresas públicas de la Función Ejecutiva, el acto expedido por su máxima autoridad administrativa se impugnará ante el ministro del ramo correspondiente.

1.2.2. Recurso Extraordinario de Revisión

Conforme su nombre lo dice, el recurso extraordinario de revisión es de carácter extraordinario, por proceder respecto de resoluciones firmes, sobre las que, por principio general del derecho, no cabe recurso administrativo alguno, salvo por el cumplimiento de los presupuestos previstos en la normativa, sacrificando los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica por la búsqueda de la justicia.¹⁴⁶

Para Herman Jaramillo el recurso extraordinario de revisión es:

Un procedimiento administrativo extraordinario por medio del cual el órgano superior de la administración pública estatal a petición de parte o de oficio, proceden a revisar todo el expediente administrativo cuando una resolución firme afecta los derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, como consecuencia de algunas circunstancias, como por el cometido por un error de hecho que aparece de los mismos documentos incorporados al expediente; o que por falta de instrumentos de valor esencial haya determinado se dicte una resolución adversa o que la resolución haya infundido falsos testimonios o falsos documentos declarados por medio de sentencia judicial o que la decisión se lo haya agotado como consecuencia del delito de prevaricato, cohecho, concusión, maquinación fraudulenta u otra conducta punible declarada en sentencia judicial ejecutoriada. Con este recurso se tiende a destruir la llamada “santidad de la cosa juzgada” que la Ley proclama como verdadera mientras no se pruebe lo contrario.¹⁴⁷

El Código Orgánico Administrativo establece que el recurso extraordinario de revisión procede respecto de los actos que han causado estado¹⁴⁸ y, bajo el cumplimiento de alguna de las circunstancias previstas,¹⁴⁹ las cuales son requisitos de admisibilidad, de modo que este recurso está restringido a aquellos casos en los cuales se justifique que los

¹⁴⁶ Cassagne, "*Derecho Administrativo*", 407. Por su parte, Juan Carlos Cassagne, establece que: El carácter y fundamento del recurso de revisión es un recurso de excepción cuya procedencia a de interpretarse en caso de duda, en forma restrictiva. Su fundamento reposa en la idea de justicia en virtud de que los graves motivos en que el mismo se funda justifica el sacrificio del principio de la seguridad jurídica, que excepcionalmente se abandona en aras de la justicia.

¹⁴⁷ Jaramillo Ordóñez, *La Justicia Administrativa*, 18.

¹⁴⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 218. El acto administrativo causa estado en vía administrativa cuando: 1. Se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación. 2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho. 3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto del acto del que se trate.

Un acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía. Del acto administrativo, que ha causado estado, cabe únicamente, en vía administrativa, el recurso extraordinario de revisión o en su caso, la revisión de oficio.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art. 232. Las causales para la interposición del recurso extraordinario de revisión son:

actos impugnados adolecen de evidentes errores de derecho o de hecho; que afecten a la cuestión de fondo; cuando existan nuevos documentos de valor esencial para la resolución que evidencie un error en la resolución impugnada y siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento; cuando los actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos hayan influido esencialmente en la resolución; y, cuando la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se ha declarado así en sentencia ejecutoriada.¹⁵⁰

Al igual que el recurso de apelación, el conocimiento y resolución del recurso extraordinario de revisión le corresponde a la máxima autoridad administrativa de la administración pública, en la que se haya expedido el acto impugnado y, se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

En cuanto a la impugnación mediante el recurso de revisión, nuevamente, llama la atención lo dispuesto en el artículo 219 del Código Orgánico Administrativo, mismo que al referirse a los recursos, señala que, “[...] el acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial”,¹⁵¹ es decir, que respecto de los actos expedidos por el Gerente General o quien actúe como máxima autoridad administrativa de la empresa, no cabría en sede administrativa el recurso extraordinario de revisión, lo que es contrario a su naturaleza de revisar y evidenciar determinadas causales.

La vulneración al derecho y garantía constitucional de impugnación, previsto en el artículo 219 del Código Orgánico Administrativo, adquiere mayor relevancia cuando hablamos del recurso extraordinario de revisión, al impedir que el interesado exija la revisión de un acto firme, cuando por el principio de seguridad jurídica no debería ser revisado ni modificado, sin embargo, es la misma norma la que de manera extraordinaria prevé circunstancias específicas para que se corrijan los actos que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas.

¹⁵⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 232. 1. Que al dictarlos se ha incurrido en evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que el error de hecho resulte de los propios documentos incorporados al expediente. 2. Que al dictarlos se haya incurrido en evidente y manifiesto error de derecho, que afecte a la cuestión de fondo. 3. Que aparezcan nuevos documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencien el error de la resolución impugnada, siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento. 4. Que en la resolución hayan influido esencialmente actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos, antes o después de aquella resolución, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de nulidad o falsedad cuando fueron aportados al expediente dichos actos, documentos o testimonios. 5. Que la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se ha declarado así, en sentencia judicial ejecutoriada.

¹⁵¹ *Ibíd.*, art. 219.

La reforma que se plantea en el artículo 219 del Código Orgánico Administrativo, para asignar la competencia de conocer y resolver el recurso de apelación respecto de los actos administrativos que emita la máxima autoridad administrativa de una entidad, también se aplicará para el recurso extraordinario de revisión, teniendo presente que la misma no puede recaer en el Presidente de la República, la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas, ni el Directorio de la empresa pública de la Función Ejecutiva, pero sí, en el ministro del sector correspondiente, con lo que buscamos asegurar la correcta aplicación y sujeción a la ley, garantizando los derechos de las personas frente a las actividades desempeñadas en el ejercicio de la función administrativa.

2. Impugnación en sede jurisdiccional

Citando a Ramón Fernández, podemos decir que la impugnación en sede jurisdiccional de los actos de la administración, es un freno al ejercicio abusivo del poder y, contribuye a administrar mejor, toda vez que juzgar a la administración es garantía esencial de un Estado de Derecho. Por ello, con la impugnación se analizará el sometimiento al ordenamiento jurídico y, la justificación que originó que se adopte una determinada decisión, lo que obliga a la propia administración a revisar su proceder y las alternativas de las que dispone, a valorarlas con mayor detenimiento y, a medir de mejor manera las consecuencias y efectos de sus actos.¹⁵²

“La transcendencia del derecho a la tutela judicial efectiva explica la acertada calificación de la jurisdicción como un poder-deber. El Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia – sin la cual no existe ni orden ni derecho – y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido por los ciudadanos”,¹⁵³ así, toda persona tiene derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales para que a través de los mecanismos procesales, se obtenga una decisión efectiva, en cabal cumplimiento del ordenamiento jurídico y, la administración de justicia.

En esta línea, la Constitución de la República garantiza a los ciudadanos el derecho de recurrir los actos administrativos ante los órganos de la Función Judicial, sin que sea requisito previo el agotar la vía administrativa, cuyos medios de impugnación son

¹⁵² Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración, Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, (Madrid: Civitas, 1994), 526.

¹⁵³ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso-administrativo”, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013): 476. <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

facultativos para los administrados, quienes al ver conculcados sus derechos o intereses legítimos pueden directamente buscar que la autoridad judicial revise los actos de la administración.

Remitiéndonos al Código Orgánico de la Función Judicial, su artículo 31 establece:

Art. 31.- Principio de Impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos.- las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.¹⁵⁴

Dentro de este contexto, el artículo 169 de la Norma Fundamental prescribe que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y, también, para alcanzar el orden, de ahí, la relevancia que constitucionalmente, se establezca que las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, que harán efectivas las garantías del debido proceso y, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades; precepto recogido en el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.¹⁵⁵

2.1 El proceso contencioso administrativo

Los términos proceso y procedimiento provienen del verbo latín “*procederé*”, los que, en la práctica del derecho son empleados como sinónimos, pese a que tienen un significado diferente. Agustín Gordillo, al referirse al proceso señala que en un sentido amplio se debe entender por este a la “[...] secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado [...]”,¹⁵⁶ de manera que el concepto de proceso cabe en cualquier función estatal, siendo imprescindible que el sujeto activo sea la función pública; en torno al concepto restringido del proceso, el mismo autor menciona que por razones históricas y políticas se le ha dado “[...] el fin específico de decidir una controversia entre partes (litigio) por parte de una autoridad

¹⁵⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 31.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, art. 18. En el Código se establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, al efecto, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. Además, no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

¹⁵⁶ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 275.

imparcial e independiente (juez), con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada)”,¹⁵⁷ siendo el acto final del proceso un acto judicial, expedido por una autoridad independiente e imparcial, por tal razón, manifiesta:

Aplicar el concepto de proceso a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o legislativas) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de justicia. Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios también comunes al proceso; pero no por ello puede olvidarse que es en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando de manera imparcial e independiente las decisiones de los órganos legislativos y administrativos, por esas razones y por la conveniencia de establecer una unidad terminológica en el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de proceso estrictamente para el proceso judicial.¹⁵⁸

Álvaro Mejía en cuanto a, la diferencia entre proceso y procedimiento señala:

Es claro que el procedimiento es propio de la sede administrativa y se relaciona con la producción de actos administrativos, así como con la atención de peticiones, reclamaciones o recursos incoados por los administrados, mientras que el proceso es propio de la sede judicial y se relaciona con la tramitación de una controversia presentada ante un tercero independiente, quien está facultado para resolverla. Tanto el procedimiento cuanto el proceso concluye con un acto declarativo, constitutivo o extintivo de un derecho, llámese acto administrativo o providencia judicial, respectivamente. Estas actuaciones, por estar en capacidad de afectar directa o indirectamente a los legítimos intereses de una persona, son susceptibles de impugnación. En lo que se refiere al acto administrativo, éste posee dos ámbitos competenciales en los cuales puede ser impugnado: a) Ante un tercero independiente –sede judicial-; o, b) Ante la misma administración pública que emitió el acto –sede Administrativa.¹⁵⁹

Por tanto, el proceso es un conjunto organizado de actuaciones que tiene por objeto alcanzar un fin en sede jurisdiccional, diferenciándose del procedimiento administrativo por las “distintas sedes a las que van a servir”.¹⁶⁰

En este sentido, García de Enterría señala:

Nemo iudex in causa sua. Nadie puede ser juez en sus propios asuntos, o dicho de otro modo, a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa. Es cierto que la resolución de los recursos administrativos se realiza a través de unos trámites y de unas formas con figura de juicio; es cierto, también que, en ocasiones, la semejanza externa entre el procedimiento de ciertos recursos administrativos y el proceso es muy notable [...]; es cierto, en fin, que cada vez es más acusada la "procesalización" de la normativa aplicable a los recursos administrativos; pero por mucha que sea la semejanza externa de los procedimientos, siempre faltará un elemento decisivo a la hora de definir y

¹⁵⁷ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 276.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ Mejía Salazar, *Los Medios de impugnación*, 80.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 78.

configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia.¹⁶¹

La importancia del proceso reside en el reconocimiento y, garantía del cumplimiento y respeto de los principios, reglas, derechos y valores previstos en el ordenamiento jurídico, así como, en la existencia de mecanismos claros, que permitan requerir, a un tercero imparcial, la revisión del comportamiento de las entidades y organismos del Estado, en procura de que las decisiones adoptadas, respondan al principio de legalidad, debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

En sede jurisdiccional, frente a los conflictos existentes entre administración y administrado, es el proceso contencioso administrativo, el medio que tiene por finalidad lograr que, de modo eficaz y efectivo, la administración se someta al derecho, al tiempo que busca la efectiva vigencia y eficacia de los derechos de los administrados. La tutela de legalidad y derechos de los administrados, inseparablemente componen el aspecto teleológico del proceso contencioso administrativo; aspecto que constituye una garantía para el administrado íntimamente conjugada con el interés general,¹⁶² así, la subordinación al derecho de toda actividad de la administración está bajo control de los órganos judiciales.

En palabras de Carlos Betancur Jaramillo:

La materia contencioso administrativa [...] está constituida por el conflicto jurídico surgido entre el administrado y la administración, en torno a la actividad de ésta considerada como desconocedora del ordenamiento jurídico general o de los derechos subjetivos de aquél y planteado ante un organismo independiente que debe decidirlo mediante una sentencia, aplicando reglas propias. Así, el contencioso da la idea de contradicción o desacuerdo en la valoración jurídica de un acto, hecho o contrato de la administración.¹⁶³

Por su parte, Patricio Secaira señala que el recurso contencioso administrativo tiene como propósito, tutelar la legalidad de las decisiones del poder público y, reconoce que este comporta un conflicto diferente en términos procesales ordinarios, ya que, es una vía jurisdiccional controladora de la legalidad de las decisiones administrativas, por tanto, “[...] a través de este recurso el Poder Jurisdiccional no pretende solo decidir sobre un conflicto entre los sujetos activo y pasivo del procedimiento administrativo, sino tutelar

¹⁶¹ Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed., (Madrid: Thomson -Civitas, 2004), citado en Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, dogmática y doctrina* (2007), 46.

¹⁶² Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, 39.

¹⁶³ Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho Procesal Administrativo*, 4.ª ed. (Bogotá: Señal Editora, 1994), 31.

el imperio del derecho, objetivo y subjetivo, comprometido en la resolución administrativa de la cual se recurre”.¹⁶⁴

La independencia jurisdiccional es condición indispensable para que el proceso contencioso administrativo cumpla su función, además, para que tengan realización práctica los principios de subordinación al derecho, de responsabilidad pública y de respeto a los derechos de los particulares. La jurisdicción contencioso administrativa permitirá que tribunales propios conozcan y resuelvan sobre la legalidad o eficacia de los actos del poder público y, que a través de su decisión se ordene la anulación, revocatoria o modificación de los mismos, superando, a decir de García de Enterría, la tradicional y restringida concepción de una mera revisión judicial de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, sino que se resuelva sobre cualquier comportamiento ilícito de la Administración.¹⁶⁵

Frente a la existencia de la jurisdicción contenciosa administrativa y tributaria es importante señalar que su razón de ser obedece a la desigualdad de condiciones en la que se sitúa la administración respecto del administrado, en la que la administración goza de una serie de prerrogativas por ejercer una función administrativa en virtud del poder público, criterio que Jesús González Pérez lo recoge señalando:

Es un hecho incuestionable que la administración no aparece ante el juez como una parte procesal en régimen de igualdad con el particular que con ella se enfrenta. La administración pública ni ante el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de una serie de prerrogativas de hecho, en pugna abierta con la justicia. Se ha llegado a hablar de la institucionalidad inferior del particular frente a la administración.¹⁶⁶

El mismo autor añade:

La administración pública aparece siempre —y, por supuesto, aparece ante el juez— como sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, actuando imparcialmente para satisfacer ese interés público frente a la actuación parcial del particular en defensa de los suyos, con actos investidos de presunción de legitimidad y, por tanto, ejecutorios. De aquí que si siempre es mala posición procesal la de actuar contra el hecho consumado, en definitiva esta es la actitud que adopta siempre el particular frente al acto administrativo, que, precisamente por aquellas características, suele estar ejecutado al momento en que se somete a revisión jurisdiccional.¹⁶⁷

También, el doctor Juan Carlos Benalcázar manifiesta:

¹⁶⁴ Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 238.

¹⁶⁵ Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, 598.

¹⁶⁶ Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, (Bogotá: Temis, 1985), 112.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 113.

La presencia de la administración pública como parte en el proceso contencioso administrativo plantea la exigencia de *especiales garantías de independencia de los jueces*. [...] Entendida de este modo la independencia jurisdiccional, la observancia de este principio tiene una trascendental importancia en el proceso contencioso administrativo y tributario, pues la administración pública —que en la mayoría de los casos es parte demandada en dichos procesos— ejerce autoridad y poder público, a diferencia de lo que ocurre con los administrados. La quiebra del principio de independencia por abuso o presión política es capaz de anular totalmente el sistema de tutela y de control que implican dichos procesos y el resultado será la *impunidad* de la autoridad administrativa y la consolidación de sus actuaciones ilícitas.¹⁶⁸

De lo antes referido, nace la necesidad de contar con un proceso específico de jurisdicción contencioso administrativo, para las controversias en las que intervenga el Estado, las instituciones que comprenden el sector público o personas de derecho privado que ejercen una potestad pública, con prevalencia sobre las demás normas generales del Código Orgánico General de Procesos.¹⁶⁹

Los procesos contencioso-administrativo y tributario, en efecto, tienen la particularidad de *trascender al interés particular y alcanzar a los intereses colectivos*, pues, además de proteger los derechos de los administrados y contribuyentes, dichos procesos son un mecanismo que permite hacer cumplir los postulados del Estado de Derecho y, de lograr que la autoridad administrativa, a pesar de ostentar el poder público, se someta a la racionalidad y a la juridicidad. Evidentemente, ello repercute en el control de la deshonestidad y de la corrupción.¹⁷⁰

En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al derecho y la democracia,¹⁷¹ en el que un tercero imparcial e independiente, dirimirá en una controversia o litigio (sede judicial), con el objeto de garantizar el cumplimiento y respeto a derechos y principios, donde la administración y el administrado comparten la misma calidad, es decir, son partes procesales, con igualdad de derechos.

¹⁶⁸ Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, 59.

¹⁶⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 302. Las controversias sometidas a conocimiento y resolución de los juzgadores de lo contencioso administrativo se sujetarán a las normas especiales de dicho procedimiento. Adicionalmente, las normas generales del Código serán aplicables a la materia contenciosa administrativa, en lo que no se oponga al procedimiento contencioso.

¹⁷⁰ Benalcázar Guerrón, *El Proceso Contencioso Administrativo en el Código Orgánico General de Procesos*, 278-9.

¹⁷¹ Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, 26-8.

En el país, el procedimiento contencioso administrativo contiene las disposiciones para tutelar los derechos de toda persona y, realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho administrativo; y, conocer y resolver aspectos de la relación jurídico administrativa, e incluso la desviación de poder.¹⁷²

Es importante destacar que el Código Orgánico General de Procesos prevé que con la presentación de la acción contencioso administrativa, el reclamo administrativo (entendido como reclamaciones en su concepción general) se extinguen en sede administrativa, asimismo, no serán admisibles reclamos administrativos;¹⁷³ en concordancia, el artículo 217, numeral 3 del Código Orgánico Administrativo establece que “[...] 3. La elección de la vía judicial impide la impugnación en vía administrativa”.¹⁷⁴

2.2. Acciones contencioso administrativas

Para velar por el irrestricto apego al ordenamiento jurídico y la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares, el procedimiento administrativo, reclamos o recursos previstos en la vía administrativa, pueden no siempre ser suficientes o eficaces, lo que hace imprescindible contar con un proceso en el que un tercero, ajeno a la relación administración – administrado, imponga justicia y orden, con imparcialidad y objetividad.

Así, las acciones que se tramitarán en el procedimiento contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos¹⁷⁵, son:

¹⁷² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 299.

¹⁷³ *Ibíd.*, art. 300.

¹⁷⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art.217

¹⁷⁵ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 326. Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. 3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público. 4. Las especiales de: a) El pago por consignación cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República. b) La responsabilidad objetiva del Estado. c) La nulidad de contrato propuesta por el

2.2.1. Acción de plena jurisdicción o subjetiva

La acción de plena jurisdicción o subjetiva, es el medio por el cual, el accionante busca que, con una decisión jurisdiccional se ampare un derecho subjetivo, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente, con un acto o hecho administrativo de la administración pública, que produce efectos jurídicos directos; además procede respecto de actos normativos que lesionan derechos subjetivos.¹⁷⁶

Para Roberto Dromi en el proceso subjetivo o de plena jurisdicción:

[...] la pretensión gira en torno a la tutela de un derecho subjetivo que el demandante alega se le ha negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se impugna. En este tipo de procesos, evidentemente, es exigencia ineludible que el actor invoque en su favor un derecho subjetivo, pues precisamente se trata de una vía procesal que tiende a su protección.¹⁷⁷

En definitiva, con la acción de plena jurisdicción se busca tutelar el derecho subjetivo, entendido como el conjunto de reconocimientos o prerrogativas que la norma hace a favor de las personas, consecuentemente, reviste un interés propio y exclusivo del titular que reúne dos elementos esenciales: “a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; y, b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad”.¹⁷⁸

El artículo 306, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, menciona que el término para proponer la demanda de acción subjetiva o de plena jurisdicción es de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado, por lo que no se exige como requisito previo para iniciar esta acción judicial el agotamiento en la vía administrativa, y se tramitará en procedimiento ordinario.¹⁷⁹

A continuación, a modo de ejemplo, se cita la resolución dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo en un recurso de plena jurisdicción o subjetiva.

Causa No. 09802-2018-00963

Accionante: LAYHEREC S.A.

Demandado: Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador Petroecuador

Procurador General del Estado, conforme con la ley. d) Las controversias en materia de contratación pública. e) Las demás que señale la ley.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, art. 326, numeral 1.

¹⁷⁷ Dromi, *Derecho Administrativo*, 1.104.

¹⁷⁸ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativos*, 55.

¹⁷⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 327.

En marzo de 2015, la compañía LAYHEREC y, la Constructora Norberto ODEBRECHT S.A., suscribieron un contrato, en virtud del cual, la accionante se comprometió a entregar en arrendamiento, andamios de metal y equipos para la construcción del proyecto “Poliducto Pascuales-Cuenca”, obra, para la cual, la Constructora Norberto ODEBRECHT S.A., fue contratada por Petroecuador. LAYHEREC era simple proveedora de equipos de ODEBRECHT, no subcontratista. En octubre de 2017, Petroecuador terminó de forma unilateral y anticipada el contrato suscrito con la compañía ODEBRECHT, disponiendo la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento a su favor. LAYHEREC solicitó a Petroecuador, que por cuenta de la garantía de fiel cumplimiento se le pague valores que le adeudaba ODEBRECHT, con fundamento en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, petición que fue negada por la empresa pública, aduciendo que el valor de las obligaciones pendientes de ejecutar a ODEBRECHT, con relación a la obra contratada, es superior a la deuda que mantiene LAYHEREC, quien debe efectuar el cobro directamente a la contratista. En base a los antecedentes expuestos, LAYHEREC solicita que el acto con el que se niega su petición sea anulado. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, rechaza la demanda, al considerar que no existe causal de nulidad en el acto administrativo impugnado, toda vez que de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se desprende que, la intención del legislador fue que la garantía primero asegure la ejecución de lo acordado en el contrato y luego el respaldar las obligaciones que la contratista tenga con terceros, en relación al mismo contrato, al efecto, como que Petroecuador probó que las obligaciones pendientes de ejecutar por ODEBRECHT, eran mayores, no cabía el pago a LAYHEREC.¹⁸⁰

En la presente causa, el Tribunal, con fundamento en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinó que la empresa pública con la respuesta emitida al requerimiento del accionante, no negó ni desconoció ningún derecho subjetivo.

2.2.2. Objetiva o anulación por exceso de poder

La acción objetiva o de anulación por exceso de poder tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y, puede proponerse por quien tenga

¹⁸⁰ Ecuador Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 09802-2018-00963*, 5 de diciembre de 2019, 3.

interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal, consecuentemente, la pretensión será la nulidad de la resolución para reestablecer el imperio jurídico afectado.¹⁸¹

Sobre este recurso, Roberto Dromi manifiesta:

Al proceso administrativo de tutela de la legalidad se lo concibió con un carácter objetivo, pues su fin -al menos en apariencia- es la tutela de norma jurídica objetiva y solo persigue la anulación del acto administrativo que la viola. En este proceso únicamente se discute la legalidad del acto administrativo impugnado, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiese tener el demandante y de los daños que se le hubiese ocasionado. En consecuencia, el juez únicamente puede resolver sobre la legalidad o ilegalidad del acto, y en este último caso, limitarse a su anulación [...].¹⁸²

Por medio de este recurso no se perseguirá directamente el reconocimiento de derechos subjetivos de los administrados, sino el control y resolución sobre la legalidad del acto impugnado; el plazo previsto para proponer la demanda es de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto impugnado.

A continuación, a modo de ejemplo, se cita la resolución dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo en una acción objetiva o de anulación por exceso de poder.

Causa No. 09802-2016-00803

Accionante: Ingeniero Willy Iván Miñán Manrique

Demandado: Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP

El 30 de septiembre de 2016, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, resolvió inadmitir la demanda presentada por el ingeniero Willy Iván Miñán Manrique, en contra de la Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP, representada por su Gerente General, por habersele notificado con la ilegal terminación unilateral del nombramiento provisional en virtud del cual brindaba sus servicios profesionales en la empresa pública, teniendo como pretensión la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado, es decir el memorando con el que se le notifica la terminación de la relación laboral; y, la restitución del actor al cargo que venía desempeñando. La demanda fue inadmitida en razón de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de

¹⁸¹ Secaira Durango, *Curso de Derecho Administrativo*, 248.

¹⁸² Dromi, *Derecho Administrativo*, 1.104.

carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes.¹⁸³

En el caso planteado, el Tribunal no analizó la legalidad del acto impugnado, inadmitiendo la demanda por razones de competencia.

Al respecto, la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 29 establece que “[...] a efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros [...]”¹⁸⁴ se estará a lo dispuesto en dicha Ley y la Codificación del Código del Trabajo; por tanto, son las autoridades laborales y los jueces de trabajo los llamados a resolver las controversias que se suscitaren entre las empresas públicas y su personal, sean aquellos servidores públicos y trabajadores.

Sobre el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Corte Constitucional, sentencia No. 007-11-SCN-CC emitida dentro del Caso No. 0086-10-CN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 482 de 11 de julio de 2011, dentro de una acción de inconstitucionalidad, señaló que no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que se ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, cuya jurisdicción recae en los jueces laborales.

En conclusión, la impugnación de los actos administrativos, emitidos por las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo son susceptibles de ser impugnados en sede jurisdiccional, con la finalidad de que los administrados, que son la parte más débil en la relación Estado–particulares, cuenten con medios que garanticen que en caso de reclamaciones interpuestas cuando consideren que sus derechos hayan sido afectados o lesionados, puedan ser resueltas de manera justa y equitativa por una autoridad independiente.

2.2.3. Lesividad

Por el principio de auto-tutela, la administración puede revocar sus actos por razones de oportunidad y legalidad, sin embargo, este principio encuentra un freno frente a los actos con efectos jurídicos que crean derechos subjetivos a favor de una persona, de modo que para los actos que no pueden ser revocados por la administración, pero que

¹⁸³ Ecuador Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, “Auto interlocutorio”, en *Juicio n.º: 09802-2016-00803*, 30 de septiembre de 2016, 3.

¹⁸⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 29.

comportan una afectación al interés público, el ordenamiento jurídico prevé la acción de lesividad, que consiste en la facultad y obligación que la ley le reconoce a la administración, para que con un nuevo acto declare lesivo al interés público, el acto anterior. La administración, con la declaratoria de lesividad, se pronunciará respecto de la conveniencia o concordancia del acto que emitió para con el interés público. La declaratoria de lesividad por parte de la administración es previo a la acción contencioso administrativa de lesividad y, por ende, a la decisión jurisdiccional de declaración de lesividad.

Sobre lo antedicho, el Código Orgánico Administrativo señala:

Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial.¹⁸⁵

De este modo, con la acción de lesividad se buscará “la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario”.¹⁸⁶

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos en los artículos 303 y 304, sobre la legitimación activa y pasiva, respectivamente, establecen que la “[...] máxima autoridad de la administración autora de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pueda anularlo o revocarlo por sí misma”,¹⁸⁷ puede demandar lesividad en contra de las “[...] personas naturales o jurídicas a cuyo favor deriven derechos del acto o disposición en los casos de la acción de lesividad”.¹⁸⁸ Adicionalmente, el artículo 306 prevé que la acción podrá interponerse en el término de noventa días a partir del día siguiente a la fecha de la declaratoria de lesividad.

¹⁸⁵ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 115.

¹⁸⁶ Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, 642.

¹⁸⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 303.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, art. 304.

A continuación, se presenta un ejemplo de una acción de lesividad planteada por un ministerio, entidad de la Administración Pública Central, al igual que la empresa pública creada por decreto ejecutivo.

Causa: 17811-2013-4525

Accionante: Procurador del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y, delegado Del Procurador General Del Estado

Demandado: CHEN ZHONGPING

El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración mediante resolución ministerial concede la nacionalidad ecuatoriana por naturalización al ciudadano CHEN ZHONGPING, pese a ello procede, de oficio, a efectuar la verificación y validación en el Registro Civil, Identificación y Cedulación, de la documentación (unión de hecho), aportada por los interesados dentro del proceso de declaratoria de nacionalidad ecuatoriana por naturalización a ciudadanos extranjeros, detectándose incongruencias e irregularidades en el tiempo de convivencia en unión de hecho, declarado y, el que consta en la base de datos de migración respecto de su ingreso y permanencia en el país, por tanto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración expidió la Resolución Ministerial No. 000654-16-VII- 2010, que declara lesivo el acto administrativo con el que concede la nacionalidad a CHEN ZHONGPING, publicándola en tres diarios de circulación nacional y, demanda la lesividad, solicitando la anulación del acto administrativo viciado de legalidad por lesionar el interés público y, la potestad estatal. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, resuelve en los siguientes términos:

[...] acepta la demanda y declara la nulidad de la Resolución No. 234-SRG/D-2010 de 25 de enero del 2010, mediante la cual se concedió la declaratoria de nacionalidad ecuatoriana por naturalización del ciudadano cubano CHEN ZHONGPING; y se declara además la legalidad de la Resolución Ministerial No. 000654 de 16 de Julio de 2010, por la cual el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, declaró la lesividad de aquella; y se dispone que las cosas vuelvan al estado anterior a la fecha en que se expidió la resolución administrativa cuya lesividad ha sido declarada. Cuando esta sentencia se halle ejecutoriada, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en la actualidad Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana procederá al registro correspondiente en la Dirección de Extranjería, y deberá, para los fines legales pertinentes, remitir copias certificadas de la sentencia ejecutoriada a la Dirección Nacional de Migración y Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, para que procedan a los registros que correspondan. También deberá comunicar al Gobierno de la República Popular de China. Sin costas. Notifíquese.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Ecuador Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, "Sentencia", en *Juicio n.º: 17811-2013-4525*, 24 de diciembre de 2013, 1.

En consecuencia, la lesividad es la acción prevista para que las entidades públicas, a las que, les es imposible revocar un acto administrativo por haber generado derechos subjetivos, acudan a la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de impugnar sus propios actos, requiriendo sean declarados nulos.

2.2.4. Acciones especiales

El Código Orgánico General de Procesos establece como acciones especiales las detalladas a continuación.

2.2.4.1 Pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República

El pago por consignación es una forma de extinguir una obligación, prevista en el artículo 1615 de la Codificación del Código Civil como el “[...] depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona”;¹⁹⁰ es considerado como un pago efectivo que se realiza en circunstancias anormales por existir una negativa a recibirlo por parte del acreedor o porque se desconoce sobre la existencia de este.

A continuación, a modo de ejemplo, se cita la resolución dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo respecto de una demanda de pago por consignación, en la que, si bien no interviene una empresa pública de la Función Ejecutiva, lo hace una de empresa pública municipal.

Causa: 17811-2017-00706

Accionante: Procuradora Judicial, con representación legal y judicial de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas EPMMOP.

El representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, por delegación otorgada por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, declaró de utilidad pública con fines de expropiación parcial un predio, para la construcción del Proyecto Quito Cables Línea Roldós La Ofelia. Los propietarios del predio expropiado no asistieron a la reunión de negociación convocada, así que el

¹⁹⁰ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1615.

representante de Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, dispuso que se proceda con el pago por consignación. La inasistencia de los dueños del predio fue por no encontrarse en el país, hecho que fue debidamente probado. Al efecto, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito rechazó la demanda de consignación, por no haberse cumplido todos los requisitos para su validez, es decir, que existiera un acta de imposibilidad de negociación, producto de la negativa de los demandados a recibir el justo precio por el inmueble expropiado.¹⁹¹

Cabe indicar que, el pago por consignación procede siempre y cuando exista la negativa de quien debe recibir el pago, ante lo cual, el deudor se encuentra imposibilitado de realizar dicho pago, por lo que, acude al juez para realizar la entrega de lo debido, hecho que no ocurrió en el caso planteado.

2.2.4.2. Responsabilidad objetiva del Estado

Siendo uno de los fines primordiales del Estado el respeto a los derechos de las personas y, su garantía a través de los organismos y entidades estatales, el Estado asume la responsabilidad y obligación de reparar los daños que se generen por acciones u omisiones en la prestación de los servicios y el ejercicio de las potestades públicas, en este sentido, todo órgano de poder público es responsable de enmarcar su actuación al ordenamiento jurídico y de resarcir a los particulares por la afectaciones que les cause.

Al respecto, el constitucionalista ecuatoriano Ernesto López Freire, expone:

La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público [...] todo daño causado por los dignatarios públicos, por sus delegatarios o concesionarios, hiere el deber del Estado de proteger a las personas y a los bienes. Por esa razón no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí [...] no siendo menester que se examine si el acto estuvo motivado por el dolo o la culpa de quien actuó [...]. La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios y, desde esa perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución.¹⁹²

¹⁹¹ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17811-2017-00706*, 11 de octubre de 2018, 2.

¹⁹² Diego F. Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Foro Revista de Derecho* n.º 12, (2009): 8, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2304/1/05-TC-Mogrovejo.pdf>.

Dentro de este contexto, la Constitución de la República, artículo 11 establece que el ejercicio de los derechos se rige entre otros principios por:

[...] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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

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

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidores o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.¹⁹³

Asimismo, el Código Orgánico de la Función Judicial contempla reglas específicas para la sustanciación de los procesos por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuyo artículo 32 expresamente señala:

Art. 32.- Juicio contra el Estado por Inadecuada Administración de Justicia y por Revocatoria o Reforma de Sentencia Condenatoria. - El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.

El legitimado pasivo en estas acciones será la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado.

El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código.

Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral.

¹⁹³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, numeral 9.

Así, a fin de garantizar el ejercicio real y, concreto del derecho a recibir del Estado la reparación objetiva por las afectaciones que resulten del ejercicio de la potestad pública, se prevé en el Código Orgánico General de Procesos, una acción orientada hacer efectivo el derecho a reclamar la determinación de la responsabilidad objetiva del Estado.

A continuación, a modo de ejemplo, se cita la resolución dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo en una acción de responsabilidad objetiva del Estado, en la que, si bien no interviene una empresa pública de la Función Ejecutiva, lo hace una de empresa pública municipal.

Causa: 01803-2017-00343

Accionantes: Wilson Patricio Peñafiel Sánchez y Martha Cecilia Parra Campoverde

Demandados: Ministro de Transporte y Obras Públicas; Director Distrital del Cañar del Ministerio de Transporte y Obras Públicas; Gerente de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Azogues, EMAPAL E.P.; y, en contra del Estado Ecuatoriano, el Procurador General del Estado.

Los demandantes son propietarios de un inmueble de cuatro plantas, teniendo en la planta baja dos locales comerciales; y, en las dos siguientes, un departamento en cada una de dichas plantas. La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Azogues, EMAPAL E.P., efectuó la ampliación de la vía rápida Cuenca Azogues-Biblián y construyó los colectores de aguas servidas del sector, obras que a decir de los demandantes ocasionó que su inmueble no continuara arrendado, además, aducen que, nuevas obras efectuadas en la vía en la que se encuentra el inmueble, generaron problemas en la capacidad soportante del suelo y fracaso de las columnas y cimentación del edificio, causando a sus propietarios perjuicio económico relacionado con el lucro cesante, a más del daño emergente por el inminente derribamiento de la edificación, a consecuencia de los daños estructurales. Por otra parte, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas tuvo a su cargo la ejecución de las obras de drenaje y alcantarillado en la avenida, también, se construyeron barandales, bordillos, sumideros, pozo de revisión y espaldones, obra que fue abandonada por mucho tiempo, lo que produjo una obstrucción en un pozo ubicado junto al inmueble, el estancamiento de las aguas servidas y lluvias, lo que a criterio de los demandantes, debilitó la cimentación de la edificación, produciendo un daño paulatino e inminente en toda la estructura de la edificación. Los argumentos alegados por la parte accionante no fueron probados, a pesar de que la carga de la prueba era su responsabilidad, así, no justificó que producto de las obras realizadas por las entidades

estatales su inmueble sufriera daños, adicionalmente, no demostró que su inmueble fue construido con las autorizaciones y normas urbanísticas correspondientes, hecho que genera que un derecho no sea indemnizado; al efecto, el Tribunal niega la demanda por improcedente.¹⁹⁴

En cuanto a esta acción, se debe tener presente que para determinar si existe una responsabilidad, el daño debe afectar a un interés jurídicamente protegido, debe ser cierto y actual, debe originarse como consecuencia inmediata de la intervención del Estado, por tanto, debe existir un nexo causal entre la acción y el daño y, debe ser indemnizable, es decir, se lo debe poder valorar.

2.2.4.3 Nulidad de contrato propuesto por el Procurador General del Estado conforme la ley

El artículo 237 de la Constitución de la República establece entre las funciones del Procurador General del Estado la de, “4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”.¹⁹⁵

Por su parte, la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado señala “Art. 3. De las funciones del Procurador General del Estado. - Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: [...] g) Supervisar el cumplimiento de dichos contratos y proponer o adoptar, con este fin, las acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público; [...]”.¹⁹⁶

De las normas citadas se desprende que el legislador buscó normar la vía y mecanismos jurisdiccionales para el ejercicio de la atribución de control de contratos del Procurador General del Estado.

A continuación, a modo de ejemplo, se cita lo resuelto en una acción de nulidad de contrato propuesto por el Procurador General del Estado.

Causa: 17741-2016-0778

¹⁹⁴ Ecuador Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 01803-2017-00343*, 25 de octubre de 2019, 3.

¹⁹⁵ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 237. Al Procurador General del Estado le corresponde [...] 4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

¹⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, art. 3.

Accionante: Procuraduría General del Estado

Demandado: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Compañía RECAP Recuperación de Capital Contac Center S.A.

El actor demanda la nulidad del contrato Nro. 64000000-1002-C celebrado el 13 de marzo de 2012, entre Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS y la Compañía Recapt Recuperación de Capital Contac Center S.A., para la provisión del *Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios*, solicitando se efectúe la liquidación de bienes y valores recibidos para la ejecución del mismo, en razón de que el IESS, no contó con la certificación presupuestaria actualizada para el procedimiento de contratación, utilizado ilegalmente otra certificación que hacía referencia a un anterior proceso, alegando como efecto jurídico la nulidad del contrato suscrito entre el IESS y la Compañía RECAP S.A. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito aceptó la demanda, por la omisión de un requisito necesario para la contratación, sin embargo, no se pronunció respecto de la liquidación de bienes y valores. La sentencia fue casada por el representante de la compañía Recapt Recuperación De Capital Contac Center S.A., aduciendo falta de motivación en la sentencia y, por el procurador de la Procuraduría General del Estado ya que la sentencia no resuelve sobre su pretensión de liquidación de bienes y valores recibidos para la ejecución del contrato. Por su parte, el Tribunal de Casación rechaza los recursos de casación; y, en consecuencia, no se casa la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, por considerar, en el primer caso que está debidamente motivada; y, en el segundo caso porque al tratarse de un contrato de prestación de servicios, materialmente no se puede generar restituciones, además, de que los problemas de emisión de la certificación presupuestaria no pueden atribuírsele al contratista.¹⁹⁷

En definitiva, el caso planteado evidencia la facultad de la Procuraduría General del Estado de controlar que los contratos que celebren los organismos y entidades del sector público se encuentre conforme el ordenamiento jurídico.

2.2.4.4. Controversias en materia de contratación pública

¹⁹⁷ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17741-2016-0778*, 04 de febrero de 2019, 4.

El artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁹⁸, señala que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y, decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello, el Código Orgánico General de Procesos.

El artículo 306, numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos establece que en los casos de materia contractual se podrá proponer la demanda en el plazo de cinco años¹⁹⁹, adicionalmente, el artículo 327 de la norma referida señala que la acción por controversias en materia de contratación pública se tramitará en procedimiento ordinario.²⁰⁰

A continuación, a modo de ejemplo, se cita lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo en una acción planteada por controversias en materia de contratación pública.

Causa No. 17811-2016-01875

Accionante: TECFOOD Servicios de Alimentación S.A.

Demandado: Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos Petroamazonas EP

Resumen del caso: La parte accionante y demandada suscribieron un contrato para la prestación de servicios de alimentación y limpieza, a favor del demandado, por el plazo de tres años. La empresa pública, en abril de 2016, alegando incumplimiento a las obligaciones contractuales, impuso una multa a la contratista; multa que fue ratificada por su Gerente General. La demandante solicita mediante acción contenciosa administrativa la declaratoria de ilegalidad y nulidad del acto administrativo con el que se ratificó la multa, argumentando por un lado, la incorrecta aplicación de las cláusulas contractuales sobre cumplimiento de obligaciones y, la consecuente aplicación de multas, toda vez que, las mismas no contemplaban una fecha exacta para el cumplimiento de dichas obligaciones, teniendo como fecha máxima para hacerlo un año, de manera que en el mes de abril no se podía hablar de incumplimientos; por otro, la falta de pago por los servicios prestados, a cargo de la demandada. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la Distrito Metropolitano de Quito, determinando que el contrato objeto de impugnación es de materia administrativa, por no corresponder a las

¹⁹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 105.

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 306, numeral 3.

²⁰⁰ *Ibíd.*, art. 327.

actividades propias de exploración y explotación de hidrocarburos, objeto de creación de la empresa pública, se pronuncia sobre su competencia para conocer la acción interpuesta y, acepta parcialmente la demanda propuesta, declarando la ilegalidad del acto con el que se ratifica la multa, ya que del contrato no se desprende que el contratista incurriera en incumplimiento alguno, por tanto, ordena la devolución del valor de la multa impuesta.²⁰¹

En el caso presentado, cabe señalar que el demandado argumentó falta de competencia del Tribunal Contencioso Administrativo, para conocer la demanda, al indicar que el contrato del que se derivó la multa, no correspondía a un contrato administrativo, sin embargo, el análisis efectuado por el Tribunal se basó en que se trata de un contrato de servicios comunes, suscrito por una empresa pública y una de derecho privado, sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y, en definitiva recae en el tipo de controversias previstas en el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos.

2.2.5. Otras acciones

De las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos se desprenden otras acciones que pueden plantearse bajo el procedimiento jurisdiccional contencioso administrativo, y que devienen de la actuación administrativa.

2.2.5.1. Repetición

De las actividades que realiza la administración pública se pueden generar afectaciones a los derechos de los particulares, que puede derivar en una reparación pecuniaria por parte del Estado, frente a ello, el Estado tiene el derecho de recuperar los valores que se ha visto obligado a cancelar por la actuación irregular de los servidores públicos, siendo la acción judicial de repetición, la vía prevista para el efecto.

En este contexto, el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador manda, “[...] ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos,

²⁰¹ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17811-2016-01875*, 28 de noviembre de 2017, 2.

bienes o recursos públicos”,²⁰² en consecuencia, el Estado tiene el derecho de exigir un desempeño adecuado de las funciones encomendadas a los servidores públicos, quienes tienen la obligación de actuar conforme a derecho, respetar los derechos de los particulares y, rendir cuentas por sus actuaciones.

Asimismo, el Código Orgánico Administrativo establece que para que se proponga la acción judicial de repetición debe existir la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y, haberse efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, además, de que el daño sea consecuencia “[...] de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial”.²⁰³

Adicionalmente, el Código Orgánico Administrativo señala: “[...] el Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión de la o del servidor público y tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes, en el ejercicio de sus funciones, generaron el daño por dolo o culpa grave”²⁰⁴.

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos en los artículos 40²⁰⁵ y 328²⁰⁶ establece la obligatoriedad de ejercer el derecho de repetición cuando se haya reparado materialmente un daño.

Finalmente, a efectos de la acción de repetición, cabe señalar que se consideran servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, incluyendo a los servidores judiciales.

A continuación, se cita lo resuelto en el Tribunal Contencioso Administrativo en un juicio de repetición.

Causa No. 13802-2016-00536

²⁰² Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 233.

²⁰³ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, art. 344.

²⁰⁴ *Ibíd.*, art. 333

²⁰⁵ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 40: Cuando el Estado o las instituciones comprendidas en el sector público asuman la responsabilidad de reparar o cuando hayan sido condenadas a reparar materialmente mediante sentencia, en un proceso que declare la vulneración de los derechos de la naturaleza, el Estado ejercerá el derecho de repetición, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

²⁰⁶ *Ibíd.*, art. 328: En los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación. La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario.

Accionante: Gerente General de la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana Ep Flopec.

Demandado: Alcides Patricio Mejía Balseca y Efrén Arturo Romero Velásquez

De conformidad con el Acta de acuerdo total de mediación, la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana Ep Flopec pagó a la compañía TRAFIGURA BEHEER B.V., la suma de USD 40'210.698,53, más el interés legal del Banco Central del Ecuador, por facturas pendientes de cancelación, en razón de servicios recibidos.

Los señores Efrén Arturo Romero Velásquez y Alcides Patricio Mejía Balseca, ex servidores de la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, en calidad de Gerente General y Gerente Financiero, respectivamente, fueron demandados por concepto de reparación material por la cancelación de intereses por mora generados en la suspensión de pagos a la empresa TRAFIGURA BEHEER B.V. El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, inadmite la demanda por considerarla manifiestamente inadmisibile, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 147 del Código Orgánico General de Procesos,²⁰⁷ al no existir declaratoria de responsabilidad alguna contra los servidores públicos en el desempeño de sus cargos.

El Gerente General de la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana Ep Flopec solicita la revocatoria del auto emitido por el Tribunal Contencioso, quien deniega el pedido por tratarse de un auto interlocutorio y no de uno de sustanciación, conforme lo establece el artículo 254 del Código Orgánico General del Proceso.²⁰⁸

En consecuencia, El Tribunal Contencioso inadmite la demanda por no existir sentencia que reconozca el daño por parte del Estado y disponga un proceso de repetición, lo que a decir de Paúl Rengel Maldonado, es uno de los requisitos para la procedencia de la acción de repetición, al considerar que la acción de repetición también puede originarse en un acto administrativo firme,²⁰⁹ por el cual se reconozca una reparación pecuniaria, por la actuación ilegítima de servidores públicos. Al efecto, puedo decir que el Tribunal debió basar su análisis en la existencia de dolo o culpa de los ex administradores de la

²⁰⁷ *Ibíd.*, art. 147. La o el juzgador inadmitirá la demanda cuando:

1. Sea incompetente. 2. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si la o el juzgador estima que la demanda es manifiestamente inadmisibile, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará devolver los anexos y el archivo del expediente. Esta providencia será apelable.

²⁰⁸ Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Portoviejo, “Auto interlocutorio”, en *Juicio n.º: 13802-2016-00536*, 23 de diciembre de 2016, 2.

²⁰⁹ Paúl Alejandro Rengel Maldonado, “El ejercicio del derecho de repetición del Estado frente a los funcionarios públicos” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 33, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5818/1/T2386-MDE-Rengel-El%20ejercicio.pdf>.

empresa pública en el no pago de los valores adeudados a la empresa privada y, no en la falta de sentencia.

2.2.5.2. Excepciones a la coactiva

La Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que las empresas públicas gozan de jurisdicción coactiva para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, debiendo ejercerla conforme lo previsto en el Código Orgánico Administrativo.

No obstante, a la facultad coactiva de las empresas públicas, el Código Orgánico General de Procesos establece como excepciones a la misma:

[...] Excepciones a la coactiva. Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las siguientes excepciones:

1. Inexistencia de la obligación, falta de ley que establezca el tributo o exención legal.
2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro.
3. Incompetencia del funcionario ejecutor.
4. Ilegitimidad de personería de la o del coactivado o de quien haya sido citado como su representante.
5. El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida.
6. Encontrarse pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión.
7. Hallarse en trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes.
8. Haberse presentado demanda contencioso tributaria por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan.
9. Duplicación de títulos con respecto a una misma obligación y de una misma persona.
10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento.

No podrán oponerse las excepciones primera, segunda, cuarta, quinta y novena, cuando los hechos que las fundamenten hayan sido discutidos y resueltos ante la jurisdicción contenciosa.

De las resoluciones sobre las excepciones señaladas en este artículo se podrá interponer recurso de casación conforme con las normas de este Código.²¹⁰

Adicionalmente, el artículo 317 del Código Orgánico General de Procesos contempla que con la consignación del diez por ciento de la cantidad a la que asciende la deuda, sus intereses y costas, se podrá suspender la ejecución de la coactiva.²¹¹

En consecuencia, la jurisdicción coactiva es la potestad exorbitante de la administración para cobrar directamente valores a su favor, sin que medie intervención

²¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 316.

²¹¹ *Ibíd.*, art. 317.

judicial, pero respecto de la cual, se podrá interponer excepciones en la sede jurisdiccional.

A continuación, se presenta un caso en el que se presentaron excepciones al procedimiento coactivo.

Causa No: 17510-2019-00114

Accionante: Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento

Demandado: Director Metropolitano Tributario, recaudadora especial de coactivas del Municipio del Distrito Metropolitano De Quito

El accionante deduce demanda de excepción al procedimiento de ejecución coactiva No. 2018-CAJ3-00810, seguido por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por el no pago de Impuestos Municipales: Cuerpo de Bomberos de Quito y Tasa Seguridad Ciudadana; las excepciones que plantea son: “[...] 2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro; 3. Incompetencia del funcionario ejecutor; 4. Ilegitimidad de personería de la o del coactivado o de quien haya sido citado como su representante; y, 9. Duplicación de títulos con respecto a una misma obligación y de una misma persona [...]”²¹². El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, con fundamento en las pruebas presentadas y los alegatos de las partes, considera que las excepciones carecen de sustento por lo que niega la demanda y ratifica el procedimiento de ejecución coactiva.²¹³

2.2.5.3. Silencio administrativo

Conforme reza el artículo 227 de la Constitución de la República, “[...] la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”²¹⁴ en tal virtud se espera que la administración resuelva las peticiones, reclamos y recursos planteados en el plazo determinado por la norma, no obstante, se presentan casos en que ello no ocurre,

²¹² Las excepciones presentadas están previstas en el artículo 316 del Código Orgánico General de Procesos.

²¹³ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17510-2019-00114*, 19 de septiembre de 2019, 2.

²¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 227.

de forma que el ordenamiento jurídico contempla un efecto legal al silencio de la administración.

Por ello, en el Código Orgánico Administrativo se prevé silencio positivo en los siguientes casos:

- Falta de atención oportuna [por oportuna me refiero a que no opere el vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento administrativo] de la administración pública, a los reclamos, solicitudes o pedidos presentados, sin que, al vencimiento del tiempo previsto, se haya notificado la resolución a lo requerido.²¹⁵
- Falta de atención oportuna de la administración pública, en procedimientos de oficio, de los que pueda derivarse el reconocimiento o la constitución de un derecho u otras situaciones jurídicas individualizadas.²¹⁶
- Falta de resolución oportuna de la administración pública, a los requerimientos para obtener autorizaciones administrativas, expresamente previstas en la norma.²¹⁷
- Falta de resolución oportuna de la administración pública, del recurso de apelación que se haya interpuesto contra la estimación por silencio administrativo de una solicitud.²¹⁸

Así, cuando se entiende por aceptado un requerimiento por silencio administrativo, estamos ante un acto administrativo presunto, cuya ejecución se solicitará ante un juez, toda vez que, es considerado un título de ejecución²¹⁹, debiendo demostrarse “[...] que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción”²²⁰.

A continuación, se presenta un ejemplo en el que se solicita la declaratoria de silencio administrativo, ante la falta de pronunciamiento oportuno de la administración pública.

Causa No. 17811-2017-01163

²¹⁵ *Ibíd.*, art. 207.

²¹⁶ *Ibíd.*, art. 208.

²¹⁷ *Ibíd.*, art. 209.

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ *Ibíd.*, art. 207.

²²⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 370A.

Accionante: Leidy Hashiel Saldarriaga Bracamonte

Demandado: Gerente General de la Empresa Pública Ep Petroecuador y la Jefe de Compra de Bienes de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, Ep Petroecuador.

La parte actora y demandada suscribieron un contrato la adquisición de rodamientos para equipos rotativos, los cuales al momento de su entrega fueron verificados, determinándose que varios de los ítems no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas, ni tampoco con el país de procedencia ofertados. Ante las observaciones emitidas, la accionante presento a Ep Petroecuador todos los justificativos del caso, mismos que no fueron aceptados por la empresa, razón por la cual, la demandante solicita formalmente la terminación del Contrato por mutuo acuerdo, pedido que no fue atendido, razón por la cual solicita al Tribunal declare que se ha producido el silencio administrativo.

El Tribunal niega la demanda y las demás pretensiones de la actora, sin costas ni honorarios, al señalar:

[...] la Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia y ratificada por la Corte Nacional ha resuelto que el silencio administrativo de efecto positivo no puede producirse en relaciones bilaterales de carácter contractual; en razón de que la actividad contractual del Estado, es parte de la denominada administración de gestión, la cual se caracteriza por la relativa igualdad de derechos y obligaciones de la Administración y de los administrados que están inmersos en la actividad; en la cual la desigualdad se expresa a través de las llamadas cláusulas exorbitantes, de modo que el silencio administrativo en esta clase de asuntos solo es posible en aquellos casos en los cuales las leyes de contratación pública de modo expreso lo determinan. Situación distinta ocurre cuando el Estado o sus instituciones actúan en ejercicio de la denominada administración de mando, la cual es precisamente la que tiene el campo para que pueda operar el efecto positivo del silencio administrativo [...].²²¹

Así, la jurisdicción contenciosa sirve para limitar las facultades exorbitantes que tiene el Estado que en su actividad podría devenir en violaciones al principio de igualdad debido proceso, seguridad jurídica y legalidad de los administrados. A diferencia de los previsto en el ordenamiento jurídico para la impugnación en sede administrativa, en vía jurisdiccional la impugnación de las decisiones administrativas adoptadas por las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo, que pudieren contener errores que causen daño o menoscaben los derechos e intereses de los administrados, tienen

²²¹ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17811-2017-01163*, 19 de julio de 2018, 1.

garantizado su derecho de contradicción bajo los recursos contemplados en el COGEP, por lo que no existe limitación más que el cumplimiento de requisitos para presentar la acción, toda vez que, la jurisdicción y competencia de quien atenderá y resolverá la misma está claramente determinada en la ley, con lo cual se garantiza el ejercicio de la garantía constitucional del derecho a la impugnación de todo acto administrativo.

Finalmente, puedo decir que, las empresas públicas, entre ellas las creadas por decreto ejecutivo, están sujetas a que respecto de sus actos, hechos y contratos, los particulares presenten impugnaciones en sede jurisdiccional, orientadas a que el órgano judicial dirima sobre la base de los principios constitucionales y procesales, resolviendo sobre la legalidad y validez de las resoluciones adoptadas en el ejercicio de la potestad pública, debiendo para el efecto, atender las disposiciones previstas en el Código Orgánico General de Procesos y, demás normativa.

Conclusiones

Las empresas públicas son instrumentos de naturaleza económica y pública, empleadas por el Estado para intervenir en la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y, el desarrollo de otras actividades económicas.

Por el objeto de creación, así como, por la naturaleza de sus actos, las empresas públicas se rigen por el derecho público y derecho privado, siendo necesario, que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se prevea un régimen jurídico mixto, reformando la actual referencia de que son sociedades de derecho público.

Del artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, nace la duda si, las empresas públicas son entidades que conformar al sector público, de modo que para guardar concordancia entre las normas del ordenamiento jurídico es necesario que en dicho artículo se haga una referencia expresa de que las empresas públicas integran el sector público.

Las disposiciones del Código Orgánico Administrativo son de aplicación en las empresas públicas, en lo que no afecten a las normas especiales que las rigen, sin embargo, al regular el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público, es pertinente que rija para todas las actividades administrativas de las empresas, a fin de evitar posibles discrecionalidades, ambigüedades o restricciones de derechos que pudieran derivarse de otras normas, siendo necesario, de así considerarlo, establecer excepciones como por ejemplo, la materia laboral .

La Constitución de la República del Ecuador, prevé que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado, pueden ser impugnados en vía administrativa o jurisdiccional, sin embargo, en sentido contrario a esta disposición constitucional, el Código Orgánico Administrativo establece que los actos emitidos por la máxima autoridad administrativa de la administración pública, solo podrán ser recurridos en sede judicial, violentando la supremacía constitucional, el derecho al debido proceso, seguridad jurídica, legalidad e impugnación. Por tanto, es necesario reformar el Código a fin de incorporar que los actos que expida la máxima autoridad administrativa serán impugnados ante el ministro del ramo o sector, en el cual la empresa pública cumple su objeto de creación.

La impugnación de los actos de las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo se sustancia en la jurisdicción contenciosa administrativa, al amparo de lo que establece el Código Orgánico General de Proceso, en el que el Tribunal consciente de la calidad procesal en la que intervienen debe velar por el respeto de los derechos, principios y garantías previstas en la Constitución de la República.

La impugnación en sede administrativa y jurisdiccional, a través de los recursos y acciones previstas, son una garantía para el control de legalidad de la actuación de la administración pública y, ejercicio del poder público, además, son el medio para exigir reparaciones en casos de violación de derechos, contradicción al ordenamiento jurídico y afectación al interés general.

Bibliografía

- Aguirre Hernández, Jorge Manuel. “Las Empresas Públicas”. *Jurídica: Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 11 (2016): file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/10817-9917-1-PB%20(4).pdf.
- Andersen, Arthur. *Diccionario de Economía y Negocios*. Madrid: Espasa Calpe Editorial, 1999.
- Ávila, Ramiro. *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito: 2007.
- . *El Proceso Contencioso Administrativo en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Revista de Derecho, 2016.
- . “El acto administrativo en materia tributaria”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2004. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1175/1/T0332-MDE-Benalcazar-El%20acto%20administrativo.pdf>.
- . “La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso-administrativo”. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, 4.^a ed. Bogotá: Señal Editora, 1994.
- Blanquer, David. *Derecho Administrativo*, vol. 2. Valencia: Editorial Tiran le Blanch Esfera, 2010.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico*, referido por Álvaro Mejía Salazar, *Los Recursos Administrativos Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1998.
- Cámara, Gregorio, López, Juan F., Balaguer, María Luisa y Montilla, José A., *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Belaguer Callejón, coord., vol. 1, 5.^a ed. Madrid: Tecnos, 2010.

- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 8.ª ed. Buenos Aires: Editorial LexisNexis S.A., 2006.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 8.ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- Ecuador, *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código de Comercio*. Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019.
- . *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- . *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- . *Código Tributario*. Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Interpretativa 001-12-SIC-CC”. En Caso n.º: 0008-10-IC. 5 de enero de 2012.
- . Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. en Juicio n.º: 17741-2016-0778. 04 de febrero de 2019, 4.
- . *Decreto Supremo 183*. Registro Oficial 34, 7 de agosto de 1970.
- . *Decreto Ejecutivo 2428*. Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.
- . *Decreto Ejecutivo 1700*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.
- . *Decreto Ejecutivo 1064*. Registro Oficial 651, 01 de marzo de 2012.
- . *Decreto Ejecutivo 582*. Registro Oficial No. 453, 06 de marzo de 2015.
- . *Decreto Ejecutivo 618*. Registro Oficial No. 475, 08 de abril de 2015.

- . *Decreto Ejecutivo 822*, Registro Oficial 635, Suplemento, 25 de noviembre de 2015.
- . *Decreto Ejecutivo 842*. Registro Oficial 647, 11 de diciembre de 2015.
- . *Decreto Ejecutivo 1174*. Registro Oficial 831, Suplemento, 01 de septiembre de 2016.
- . *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa privada*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
- . *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*. Registro Oficial 144, Suplemento, 18 de agosto de 2000.
- . *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.
- . *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial 294, Suplemento, 06 de octubre de 2010.
- . *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008.
- . Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Acuerdo Ministerial n.º 570*. Registro Oficial 290, Edición Especial, 28 de mayo de 2012.
- . “Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017”. *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*. 2013. <http://documentos.Senplades.gob.ec/Plan%20Nacional%20Buen%20Vivir%202013-2017.pdf>.
- . Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. “Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva”. *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*. 2014. <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-Publicas-web.pdf>.
- . “Plan Nacional de Desarrollo, Toda Una Vida 2017-2021”. *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*. 2017. https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf.

- . Tribunal Constitucional, “Resolución de inconstitucionalidad n.º:193-2000-TP”. 12 de diciembre de 2000.
- . Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. “Auto interlocutorio”. En *Juicio n.º: 09802-2016-00803*. 30 de septiembre de 2016.
- . Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 09802-2018-00963*. 5 de diciembre de 2019.
- . Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17811-2013-4525*. 24 de diciembre de 2013.
- . Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17811-2017-00706*. 11 de octubre de 2018.
- . Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17811-2016-01875*. 28 de noviembre de 2017.
- . Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17811-2017-01163*. 19 de julio de 2018.
- . Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17510-2019-00114*. 19 de septiembre de 2019.
- . Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 01803-2017-00343*. 25 de octubre de 2019.
- Estévez, José Luis. “Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho* n.º 4 (1956): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>.
- Fernández, Ramón. *De la arbitrariedad de la administración, Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*. Madrid: Civitas, 1994.
- González Calle, Fernando. *Las Empresas Públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27275/1/Libro%20Empresas%20P%C3%BAblicas.pdf>.
- González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá: Temis, 1985.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7.^a ed. México: Editorial Porrúa, 2004.

- Guajardo Soto, Guillermo. “Empresas Públicas en América Latina: Historia, conceptos, casos y perspectivas”. *Revista de Gestión Pública* vol. 2, n.º 1 (2013): 5-24. <http://revistadegestionpublica.cl/index.php/rgp/article/view/26/19>.
- . “La Empresa Pública y sus definiciones en el largo plazo”. En *La Empresa Pública en México y en América Latina: Entre el mercado y el Estado*, coordinado por Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador, 23-35. México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Autónoma de México, 2015.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, UNAM, 2007.
- Jaramillo Ordóñez, Herman. *La Justicia Administrativa, el Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo*. Loja: Offset Grafimundo, 2003.
- Jaramillo Villa, Fabián. “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador: Un Estudio sobre las Empresas Públicas en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2839>.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis Editorial, 2003.
- Mejía Salazar, Álvaro. *Los Recursos Administrativos Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- . *Los Medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015.
- Mogrovejo Jaramillo, Diego F. “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Foro Revista de Derecho* n.º 12, (2009): 71-93. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2304/1/05-TC-Mogrovejo.pdf>.
- Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. 14.ª ed. Bogotá: TEMIS, 2006f.
- Morales, Francisco J. “La Empresa Pública en América Latina, Origen, Desarrollo y Crisis: El caso de Chile”. *Revista de Administración Pública*, n.º 77 (2016): 120-1. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/issue/view/1150>.
- Moreno de Acevedo Sánchez, Enrique. *Gestión de empresas públicas: Las ventajas de los modelos centralizados*. Banco Interamericano de Desarrollo- BID, 2016. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7652/Gestion-de-empresas-publicas-Las-ventajas-de-los-modelos-centralizados.pdf?sequence=1>.

- Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica”. *Guatemala: Datascan S.A.*, 201., https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones (2008).
- Quintana Ramírez, Ricardo. “Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas Ecuatorianas, en la Construcción de Obra Pública e Infraestructura y en su Giro Ordinario del Negocio”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4628>.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española, Tomo VII*. España: Espasa, 2002.
- Rengel Maldonado, Paúl Alejandro. “El ejercicio del derecho de repetición del Estado frente a los funcionarios públicos”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5818/1/T2386-MDE-Rengel-El%20ejercicio.pdf>.
- Ruiz, Sergio. “El Nuevo rol de las empresas públicas”, en *Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014. <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BA-bilcas-web-pdf>.
- Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez*, 4.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Secaira Durango, Patricio. *Curso de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Bogotá Secretaría General de la Alcaldía Mayor, Consejo de Estado, Fallo 17907 de 2012, Naturaleza jurídica – Es diferente a régimen jurídico / Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios – Son sociedades por acciones, Régimen jurídico mixto, 2012.

Tinajero Delgado, Pablo. *La Acción de Lesividad, Primera Edición*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, 1998.

Tabla 1
Listado de empresas públicas coordinadas

Empresa Coordinadora de Empresas Públicas		
	Empresa pública	Decreto ejecutivo de creación
Sectores estratégicos		
1	Corporación Eléctrica del Ecuador - Celec Ep.	Decreto Ejecutivo 220, Registro Oficial 128 de 11 de febrero de 2010
2	Corporación Nacional de Electricidad - Cnel Ep	Decreto Ejecutivo 1459, Registro Oficial 922 de 28 de marzo de 2013
3	Corporación Nacional de Telecomunicaciones - Cnt Ep	Decreto Ejecutivo 218, Registro Oficial 122 de 03 de febrero de 2010
4	Correos Del Ecuador – Cde	Decreto Ejecutivo 324, Registro Oficial 184 de 03 de mayo de 2010
5	Ecuador Estratégico Ep – Eeep	Decreto Ejecutivo 870, Registro Oficial 534 de 14 de septiembre de 2011
6	Empresa Nacional Minera - Enami Ep	Decreto Ejecutivo 203, Registro Oficial 108 de 14 de enero de 010
7	Ep Petroecuador	Decreto Ejecutivo 315, Registro Oficial 171, Suplemento, de 14 de abril de 2010 Con Decreto Ejecutivo 723 de 24 de abril de 2019 se dispuso el inicio del proceso de fusión entre Ep Petroecuador Y Petroamazonas Ep en una sola empresa
8	Flota Petrolera Ecuatoriana - Flopec Ep	Decreto Ejecutivo 1117, Registro Oficial 681, 12 de abril de 2012
9	Petroamazonas Ep	Decreto Ejecutivo 314, Registro Oficial 171, Suplemento, 14 de abril de 2010
10	Empresa Pública del Agua – Epa	Decreto Ejecutivo 310, de 17 de abril de 2014
Sector productivo		
11	Empresa Cementera Del Ecuador – Epce	Decreto Ejecutivo 207, Registro Oficial 114, 22 de enero de 2010
12	Fabricamos Ecuador - Fabrec Ep	Decreto Ejecutivo 1134, Registro Oficial 699, Suplemento, 09 de mayo de 2012. Con Decreto Ejecutivo 313, Registro Oficial 263, Suplemento, 09 de junio de 2014, se dispuso la transferencia de la línea de negocio de Fabrec Ep a la Empresa de Municiones Santa Bárbara Ep -Emsbep., que consiste en el desarrollo de actividades relacionadas con explosivos y con la defensa nacional.
13	Ferrocarriles Del Ecuador Ep - Feep	Decreto Ejecutivo 313, Registro Oficial 179, 26 de abril de 2010
14	Santa Bárbara Ep	Decreto Ejecutivo 1121, Registro Oficial 686, 19 de abril de 2012
14	Tame Ep	Transformación: Decreto Ejecutivo 740, Registro Oficial 442, Suplemento, 06 de mayo de 2011, con este Decreto, se transforma Transporte Aéreos Militares Ecuatorianos, TAME, en empresa pública, denominándose Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador "Tame Ep"

16	Astilleros Navales Ecuatorianos - Astinave Ep	Decreto Ejecutivo 1116, Registro Oficial 680, 11 de abril de 2012
17	Unidad Nacional De Almacenamiento – Una Ep	Decreto Ejecutivo 12, Registro Oficial 16, 17 de junio de 2013
Sector social		
18	Centros de Entrenamiento para el alto rendimiento - Cear Ep	Decreto Ejecutivo 439, Registro Oficial 333, Suplemento, 15 de septiembre de 2014
19	Empresa Pública Casa Para Todos Ep	Con Decreto Ejecutivo 622, Registro Oficial 474, 07 de abril de 2015, se crea la Empresa Pública Nacional de Hábitat y de Vivienda Ep Vivienda. Con Decreto Ejecutivo 11, Registro Oficial 16 , 16 de junio de 2017, se modifica la denominación Empresa Pública de Vivienda EP a Empresa Pública Casa para Todos EP
20	Empresa Pública Medios Públicos De Comunicación Del Ecuador - Medios Públicos Ep (Fusión de El Telégrafo y RTV Ecuador)	Fusión por absorción: con Decreto Ejecutivo 1158 de 22 de agosto de 2016 se dispone la fusión por absorción de la Empresa Pública Televisión y Radio del Ecuador EP RTVECUADOR a la Empresa Pública El Telégrafo EP
21	Siembra Ep	Con Decreto Ejecutivo 1457, Registro Oficial 922, 28 de marzo de 2013, se crea YACHAY EP Mediante Decreto Ejecutivo 945, 10 de diciembre de 2019, se modifica el nombre por el de Empresa Pública Siembra EP
En liquidación		
	Empresa Pública De Fármacos Enfarma	Con Decreto Ejecutivo 1103, 30 de junio de 2016, se dispuso la extinción de la empresa pública ENFARMA
Compañías De Economía Mixta		
	Compañía de economía mixta Operaciones Río Napo - En Liquidación	Con Escritura Pública celebrada el 25 de agosto de 2008, ante el Notario Vigésimo del cantón Quito, se constituyó la empresa Operaciones Río Napo Compañía de Economía Mixta, cuyos accionistas son Petroamazonas Ep con el 70% y PDVSA Ecuador S.A. con el 30%. Mediante Resolución No. SCVS-IRQ-DRASD-SD-16-0891 de 05 de abril de 2016, la Subdirectora de Disolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros dispone la disolución de Operaciones Río Napo Compañía de Economía Mixta
	Compañía de economía mixta Gran Nacional Minera	Con Escritura Pública celebrada ante el Notario Cuadragésimo del Cantón Quito el 26 de marzo de 2010 se constituyó la Compañía Mixta Gran Nacional Minera Mariscal Sucre C.E.M, cuyos accionistas con la Empresa Nacional Minera Enami Ep y la Compañía General de Minería de Venezuela CVG MINERVEN S.A.

Compañía de economía mixta Refinería del Pacífico – En Liquidación de pleno derecho	Mediante Escritura Pública celebrada el 15 de julio de 2008, ante el Notario Cuarto del Cantón Manta - Ecuador, se constituyó la Refinería del Pacífico Eloy Alfaro RDP Compañía de Economía Mixta, cuyos accionistas son Ep Petroecuador con el 51% y PDVSA Ecuador S.A. con el 49%.
---	---

Fuente: Empresa Coordinadora de Empresas Públicas

Elaboración: Propia