

Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho  
Mención en Derecho Administrativo

Funciones y límites del principio de legalidad administrativa

José Fonseca

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

José Fonseca

22 de diciembre de 2009

Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho  
Mención en Derecho Administrativo

Funciones y límites del principio de legalidad administrativa

José Fonseca

Tutor: Dr. Juan Pablo Aguilar

Quito, 2009

### Resumen:

En este trabajo se investigan los usos que los operadores jurídicos ecuatorianos hacen del llamado principio de legalidad administrativa, para, luego de una confrontación con los presupuestos teóricos que lo fundamentan y de la evaluación de su correspondencia, plantear las reformulaciones teóricas pertinentes.

A mis padres, Yoly y Pepe, y a mi esposa Jeanneth, por su paciencia

## **Tabla de contenidos**

### Introducción

#### 1. Sobre los usos del principio de legalidad administrativa en el Ecuador

##### 1.1 En la jurisprudencia

###### 1.1.1 De la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia

###### 1.1.2 De las resoluciones de amparo del Tribunal Constitucional

##### 1.2 En las absoluciones de consultas de la Procuraduría General del Estado

##### 1.3 En los libros de texto

#### 2. Sobre la justificación teórica del principio de legalidad

##### 2.1 Sobre una definición del principio de legalidad

###### 2.1.1 Antecedentes

###### 2.1.2 La definición provisional

##### 2.2 Sobre las implicaciones de la definición del principio de legalidad

##### 2.3 Explicaciones históricas del principio de legalidad

##### 2.4 Funciones teóricas del principio de legalidad

#### 3. Comparación entre usos y justificación del principio de legalidad en el Ecuador

##### 3.1 Concordancia

##### 3.2 Incompatibilidad

##### 3.3 Funciones no enunciadas por la teoría

#### 4. Crítica del principio de legalidad administrativa: sus roles y límites

##### 4.1 ¿Se debe mantener el principio de legalidad?

##### 4.2 ¿Deben mantenerse los caracteres del principio de legalidad?

##### 4.3 Sobre los límites de la norma de habilitación previa

##### 4.3 Sobre los valores en tensión

#### 5. Conclusiones

## **Introducción**

Esta tesis pretende responder a la pregunta sobre si el principio de legalidad administrativa debe reformularse teóricamente, en función de los usos que de este hacen los operadores jurídicos ecuatorianos. La hipótesis de que se parte es que el principio se usa sistemáticamente de un modo dogmático e irrazonable para resolver los más diversos problemas jurídicos que se plantean en el ámbito público. Para el efecto, se ha realizado una tarea de recopilación y análisis de sentencias expedidas en el año 2007 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, las resoluciones de amparo otorgadas por el Tribunal Constitucional en diciembre del año 2007, las absoluciones de consultas de la Procuraduría General del Estado suscritas en el primer semestre del 2007 y algunos libros de texto nacionales sobre la materia, mismos que han sido contrastados con la doctrina administrativista, en las que juega un rol preponderante las elaboraciones de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, más que por su precisión técnica por su clara orientación garantista.

Las más marcadas limitaciones del trabajo son las siguientes: Primero, el material recogido no corresponde a una muestra técnicamente elaborada, por lo que no permite la deducción de una tesis concluyente, sino exclusivamente de hipótesis de trabajo más fundamentadas; y, Segundo, la perspectiva teórica desde la cual se evalúan los datos no es multidisciplinaria, como sería lo ideal, por mi propia formación académica, limitada exclusivamente a lo jurídico.

El camino diseñado para responder la pregunta planteada y que se traslada a los capítulos de este trabajo, es la siguiente: revisión y análisis crítico de los usos concretos del principio de legalidad, revisión general de la doctrina sobre el principio, contraste entre teoría y práctica y reformulaciones teóricas.

## **Capítulo I**

### **SOBRE LOS USOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR**

En el presente capítulo se analizan los resultados de una investigación sobre la utilización que del principio de legalidad administrativa realizan los operadores jurídicos en el Ecuador, específicamente en las que consideramos las principales fuentes de nuestro Derecho Administrativo: la jurisprudencia, las absoluciones de consultas de la Procuraduría General del Estado y los libros de texto sobre la materia. Para el efecto, en cada caso describimos la manera en que se hace la referencia al principio, tratamos de determinar el fin para el cual se lo utiliza, incluyendo además comentarios de carácter general.

Si bien en un capítulo posterior se tratará sobre la definición del principio de legalidad y las propias conclusiones de este trabajo suponen un replanteamiento de la misma, en este momento nos aproximaremos de un modo general a esta definición, lo que nos permitirá contar con un punto de partida común en la revisión. Esta definición preliminar es la siguiente: Se requiere de una norma general y abstracta para habilitar la actuación de las administraciones públicas<sup>1</sup>.

**1.1 En la jurisprudencia.-** Se revisaron decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, con los siguientes resultados:

**1.1.1 De la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.-** Las sentencias objeto de revisión fueron las 142 que se publicaron en los Registros Oficiales del año 2007. En el Anexo No. 1 de esta tesis se incluye una relación de estas sentencias

---

<sup>1</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava edición, Madrid, Civitas, 1998, pp. 430-432.

con datos que permiten identificarlas y una breve referencia respecto del principio que estamos tratando. En el anexo No. 2, consta una transcripción de las siguientes sentencias relacionadas con el tema y que, por lo tanto, se comentan:

a) En la sentencia 198-06, se rechaza un recurso de casación en el que se argumentó la falta de aplicación del principio de legalidad, respecto de una supresión de puestos en CEDEGE. La sentencia es algo confusa (por ejemplo, respecto de cuándo corresponde el pago de la indemnización) y con las mismas razones justifica que la resolución de supresión se halla debidamente motivada y no vulnera el principio de legalidad. Es importante destacar que la discusión se centra en determinar si se cumplieron o no los requisitos previstos en los reglamentos que regían la materia. En este contexto: ¿Para qué sirvió mencionar el principio? Únicamente para afirmar la conformidad del acto con la normativa general aplicable. Esto es realidad bastante elemental. Llamaremos a este uso del principio, imperativo, entendiendo por tal, que se lo utiliza para afirmar el carácter vinculante del Derecho, especialmente de sus normas generales. Debemos aclarar que en este caso, esta utilización fue introducida por el recurrente y el Tribunal únicamente se limitó a considerarla y resolver el argumento implícito. Me parece que esta referencia es prescindible puesto que es redundante al referirse al carácter mandatorio, propio de todo el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

b) En la sentencia 200-06, se rechaza un recurso de casación interpuesto por los representantes del IESS, en que se alega -entre otras cosas- que no se aplicó el inciso primero del artículo 212 de la Constitución que determina la competencia exclusiva de la Contraloría para establecer responsabilidades civiles. Esta alegación se planteó para afirmar que no se debía aceptar un documento de auditoría interna del IESS como prueba de una obligación de la entidad. La Sala desestima este argumento bajo la

---

<sup>2</sup> Cfr. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Novena edición, México, Porrúa, 1997, pp. 57-58.

consideración de que el artículo 212 de la Constitución no puede interpretarse extensivamente. Esta imposibilidad de interpretación extensiva es, como se sabe, una consecuencia que se suele derivar del principio de legalidad. A mi entender, la referida disposición legal era inaplicable al caso, aún cuando se la interprete extensivamente. Por lo tanto, me parece que se recurrió a un corolario del principio que no era atinente, únicamente para intentar que la decisión tomada goce de mayor prestigio, es decir, se lo utilizó retóricamente. Entendemos que se recurre a tal utilización, cuando el principio no se lo emplea para resolver ningún problema en sí, sino únicamente por su fuerza persuasiva en relación al auditorio al que se dirige el discurso.

c) En la sentencia 288-06 la Sala resuelve un recurso interpuesto por CRM en la que esta entidad alegó la nulidad de la sentencia por falta de pago de las tasas judiciales, invocando para el efecto el literal b) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que considera como causal de nulidad de las resoluciones o procedimientos administrativos la omisión de las solemnidades que influyen en la decisión o causen gravamen irreparable. La Sala obviamente desechó esta argumentación por cuanto la norma citada no se refiere a las sentencias sino a las resoluciones y procedimientos administrativos, pero para el efecto afirmó que las normas procesales deben interpretarse literalmente (de una forma absolutamente conclusiva: no se indica que la primera o más importante forma de interpretación es la literal, sino que es la única). Al igual que en el caso anterior, la interpretación literal de las normas de Derecho Público (aplicable por lo tanto al Derecho Administrativo como al Derecho Procesal) suele derivarse del principio de legalidad. Pero la premisa utilizada en la sentencia es demasiado fuerte, desproporcionada, en relación con la conclusión a la que se llega: su valor de verdad no es necesario (además de muy controvertible) para sustentar un resultado tan trivial. Detectamos aquí un uso retórico del principio, pero

también algo más, este es utilizado para simplificar el análisis de las normas de Derecho Público: en lugar de verificar la razonabilidad de aplicación de una norma a un caso, todo se limita a establecer una congruencia o incongruencia terminológica. En mi opinión, debió prescindirse totalmente de esta función, pues abona más a un tratamiento dogmático del derecho antes que a su empleo racional.

**d)** En la sentencia 293-06 se niega un recurso interpuesto por una asociación de consultoras que suscribieron un contrato con PREDESUR, contrato cuya ejecución generó un conflicto resuelto a favor de la asociación mediante un laudo arbitral y que no es ejecutado por un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, al considerarse incompetente para ello. Puntualmente, la Sala niega que: “... *si los tribunales distritales son competentes para conocer las controversias que se susciten, igualmente lo serían para la ejecución del laudo.*”, por cuanto: “*Tal razonamiento sería contrario a los principios del Derecho Público*” (nos permitimos deducir que el principio en cuestión es el de legalidad, relacionado aquí directamente al Derecho Procesal, pero aplicable también en el ámbito administrativo). Además la Sala razona que como la ejecución de los laudos corresponde a los jueces ordinarios (art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación) y: i) los tribunales distritales no tienen tal calidad por no constar en la enumeración que de ellos hacía la Ley Orgánica de la Función Judicial (art. 3) y por haber sido creados mediante ley especial; ii) que el asunto correspondería a una cuestión civil excluida de la jurisdicción contenciosa administrativa (art. 6, lit. b de la ley de la materia); iii) que el caso no estaría afectado por lo prescrito en el art. 38 de la Ley de Modernización por cuanto esta ley considera a estos tribunales “*dentro de la esfera de su competencia*”; iv) que el antecedente inmediato del asunto sometido a conocimiento de los jueces no es un contrato sino un laudo; por lo que concluye que la decisión del inferior es la adecuada.

Respecto de la referencia a los principios de derecho público debemos mencionar que esta no es específica, resuelve un aspecto central de la controversia y no explica nada en absoluto, por lo que identificamos una función dogmática en la invocación del principio (junto a un uso retórico). El resto del argumento es singular, en la medida que llega a las más extremas consecuencias (la ejecución de una decisión que pone fin a una controversia de un contrato de consultoría no está sujeta a la jurisdicción contencioso administrativa) en base a una interpretación literal de la ley (que como indicamos puede relacionarse al principio de legalidad) sin considerar siquiera que la mención de la Ley de Arbitraje y Mediación a la justicia ordinaria podría entenderse con toda naturalidad referida a la jurisdicción distinta a la arbitral. En definitiva, nos parece totalmente inadecuada la utilización dogmática que del principio de legalidad se realiza en este fallo y la interpretación literal de la ley en que se basa.

Estos son las únicas 4 sentencias de todas las examinadas que se refieren al tema. Este resultado cuantitativo es bastante decepcionante (yo suponía que se invocaba mucho más el principio) pero en todo caso permitió identificar algunos de los usos del principio en examen. Es necesario, sin embargo, tomar en cuenta esta baja utilización, pues podría ser un indicativo de que la importancia del principio en estudio es menor de la que yo suponía. Finalmente, hay que aclarar que existen otros fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se mencionarán en esta tesis pero en otro contexto, específicamente cuando se trate de la distinción entre Derecho Público y Privado.

1.1.2 De las resoluciones de amparo del Tribunal Constitucional.- Este estudio se realiza por cuanto en las resoluciones de amparo, el Tribunal o sus salas analizan la

“legitimidad” de los actos administrativos cuestionados (a mi entender indebidamente, la única ilegitimidad relevante en el amparo era la que devenía de la violación de los derechos fundamentales), con lo que sus decisiones se constituyeron indirectamente en parte importante de la jurisprudencia de Derecho Administrativo en el país. Las resoluciones objeto de revisión fueron las 64 publicadas en los Registros Oficiales de diciembre del año 2007. En el Anexo No. 3 de esta tesis se incluye un listado de estas resoluciones con sus datos identificativos e indicando si se refieren al principio de legalidad. En el anexo No. 4 consta una impresión de las siguientes resoluciones que se comentan:

**a)** La Tercera Sala del Tribunal Constitucional concede el amparo identificado con el No. 0141-2006-RA, por el cual el ex Director Técnico del Área de Análisis de Estudios Técnicos del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones impugna su remoción del cargo que ostentaba. Dicha remoción se basó en el Decreto Ejecutivo No. 12, de 22 de abril de 2005, expedido por el Presidente de la República, que disponía: “*Dejar sin efecto los nombramientos de los funcionarios de libre remoción ...*”. La Sala determina la ilegitimidad del acto -entre otros aspectos- por cuanto el Presidente violó el artículo 119 de la Constitución que se refería al principio de legalidad. En este aspecto, la resolución no es muy clara porque no especifica la razón por la cual la decisión del Ministro está viciada, pero podríamos entender que es por su indebida motivación, al fundamentarse en el Decreto No. 12, que es el objetado por el Tribunal. El principio se emplea directamente para determinar si una competencia ejercida por un órgano del poder público (Presidente de la República) se sustenta formalmente, por lo que su utilización me parece justificada y razonable.

**b)** La Tercera Sala del Tribunal Constitucional concede un amparo mediante Resolución No. 0524-2006-RA, planteado por un ex servidor de Petroindustrial que cuestiona el

acto administrativo que lo separa del cargo y reliquida las indemnizaciones recibidas previamente y la absolución de una consulta de la Procuraduría en que esta se fundamenta. Dicha absolución parte del presupuesto de que el accionante era un servidor público, lo que es refutado por la Sala en consideración a un Listado Personal excluido del contrato colectivo vigente en ese tiempo (elemento que difícilmente podría considerarse suficiente para resolver el asunto). Sobre esta base, la Sala suspende los efectos del acto de separación y de la absolución de consulta afirmando respecto de esta última: *“Vale decir que la Procuraduría General del Estado, es un órgano de administración consultiva al que le corresponde precautelar la legalidad y legitimidad de las actuaciones de la administración pública en general, a través de sus pronunciamientos, por lo que, precisamente por tal motivo, debe atenerse en el ejercicio de sus funciones, a los límites que le impone la Constitución y la Ley, acorde al principio de legalidad contenido en el artículo 119 de la Carta Fundamental.”*. Sin embargo, el argumento de la Sala nunca cuestionó la competencia de la Procuraduría, por lo que podemos afirmar que el juzgador considera violentado el principio por cuanto la Procuraduría llegó a conclusiones que a su criterio eran erradas. Indudablemente esta parte del razonamiento no se sostiene y parece indicar un uso retórico del principio, en la medida en que sin aportar a la solución del problema se lo invoca para otorgar más fuerza al discurso. De hecho, tampoco creo que se logre este objetivo.

c) La misma Tercera Sala, expide la Resolución No 0599-2006-RA en la que concede un amparo planteado por una servidora que fue objeto de cambios administrativos sucesivos en razón de la instauración de un sumario administrativo. Establecida la evidente ilegitimidad del segundo cambio administrativo, la Sala concluye: *“Por otra parte, el acto por el cual se dispone el cambio de la accionante vulnera el derecho a la seguridad jurídica protegido por la Constitución en el artículo 24, número 26, derecho*

*que garantiza a las personas que la autoridad actúe de conformidad a la normativa vigente, es decir, respetando el principio de legalidad, sin arbitrariedad alguna.”* Esta asociación entre el principio de legalidad y el deber de aplicar el ordenamiento jurídico, que previamente identificamos como su utilización imperativa, nos parece irrelevante en el caso. Resulta interesante la mención (que lamentablemente no pasa de ser tal) de que el principio es equivalente al derecho a la seguridad jurídica. De ninguna manera pienso que exista tal equivalencia pero en cambio me parece fundamental establecer la relación que existe entre el principio de legalidad administrativa y el valor de la seguridad jurídica.

**d)** La Segunda Sala del Tribunal Constitucional emite la Resolución No. 1133-07-RA, concediendo el amparo planteado por una empresa respecto de una serie de actos relacionados con la valoración en aduana de los bienes importados por el accionante. Entre estos actos se encuentra un informe que, según la resolución de amparo violaría el principio de legalidad, por cuanto los funcionarios que lo emitieron habrían actuado sin competencia y sin acatar una orden previa. Ciertamente se comprueba la existencia de una orden previa de carácter general pero no es clara la relación de este hecho con la afirmada incompetencia. Es más, esta resolución se centra en que se habría aplicado indebidamente un método de valoración en aduana cuando existía un método que debía ser utilizado con prioridad, lo cual, evidentemente, no tiene nada que ver con la incompetencia del órgano emisor del informe. De hecho, en cuanto al principio de legalidad la Sala se limita a recoger una referencia del accionante. Este uso es meramente persuasivo o retórico del principio, similar al identificado previamente en otras sentencias.

Estas son todas las resoluciones que se refieren al principio y, al igual que la jurisprudencia de la Corte, pone de manifiesto la muy baja cantidad de decisiones que hacen uso del mismo. Por último, debemos indicar que existe otra resolución de amparo que se tomará en cuenta más adelante en esta tesis y que se refiere al “bloque de legalidad”.

**1.2 En las absoluciones de consultas de la Procuraduría General del Estado.-** Se han revisado 181 absoluciones de consultas publicadas por la Procuraduría General del Estado en su portal y que corresponden a las emitidas en el primer semestre del año 2007. Su relación puede revisarse en el Anexo No. 5 de esta tesis. A continuación examinamos las absoluciones que se refieren al principio y que se transcriben en el Anexo No. 6:

a) Mediante Oficio No. 00141, la Procuraduría absuelve una consulta planteada por el Gerente General del Banco Central del Ecuador sobre si esta institución puede invertir los recursos provenientes de las medidas cautelares en procesos por lavado de activos, considerando que la ley no preveía nada al respecto pero sí lo hacía su reglamento de aplicación, tomando en cuenta el principio de legalidad. Al respecto, el Procurador no indica absolutamente nada de modo explícito sobre el principio, pero, transcribiendo la norma reglamentaria referida, llega a la conclusión que el Banco Central sí es competente para invertir los mencionados recursos. La pregunta planteada por el consultante era muy interesante en relación con el alcance del principio de legalidad pues se lo utilizaba para cuestionar la juridicidad de una acción de un órgano del poder público que difícilmente podría afectar la libertad de algún ciudadano. Sin embargo, la Procuraduría evita la cuestión que explícitamente se le planteara en la consulta.

b) Mediante Oficio No. 00337, la Procuraduría absuelve una consulta planteada por la Autoridad Portuaria de Manta en la que se consulta si dicha entidad puede condonar los

intereses que le adeuda la Cámara de Comercio de dicha ciudad por el alquiler del recinto portuario para la realización de ferias organizadas por la Cámara, en consideración a la exoneración prevista en el artículo 33 de la Ley de Federación de Cámaras de Comercio. El criterio del Procurador es que no cabe la condonación, pues la norma legal transcrita se refiere a la exoneración de tributos, supuesto diferente al del alquiler de los bienes institucionales y por la inexistencia de ninguna otra norma de rango legal que se lo permita, citando en este último punto el artículo 119 de la Constitución vigente, que se refería al principio de legalidad. Si bien en este caso el principio se emplea para establecer si un órgano del Estado se halla habilitado para obrar de una manera determinada, lo que en principio parece un uso razonable del mismo, el análisis, por esta misma razón, resulta sin embargo superficial. Para explicarnos mejor utilicemos un ejemplo hipotético: ¿Qué ocurriría si la Autoridad Portuaria de Manta preguntase si puede cobrar sus créditos y se observara al respecto que ninguna ley se refiere a la materia? ¿Podría afirmarse que dicha entidad no está autorizada para exigir el cumplimiento de las obligaciones que se le adeudan? ¿Si se considera en dicho caso aplicable el Código Civil por qué no podría utilizárselo en éste, tomando en cuenta que dicho código prevé la extinción de las obligaciones por remisión? En consecuencia, nuestra opinión es que probablemente existen buenas razones para llegar a la conclusión a la que arribó el Procurador (cuidar los intereses fiscales del Estado) pero que estas no se identifican con el principio de legalidad, el cual resulta insuficiente en el presente caso.

c) El Alcalde del cantón Balsas consulta si puede disminuir la remuneración de una servidora que solicita ejercer un puesto de menor rango al que ostenta, por razones de salud. En el Oficio No. 00729, el Procurador verifica que el traslado ya se había producido por lo que se abstiene de pronunciarse, no sin antes razonar que tanto la

Constitución como la ley consagran el principio de que a igual trabajo corresponde igual remuneración, que la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, específicamente al referirse al traslado, al cambio y a la evaluación de desempeño, prohíbe la afectación de las remuneraciones de los servidores y su “descenso” en la carrera administrativa; refiriéndose al artículo 119 de la Constitución para concluir que no correspondía cambiar las funciones de la servidora. Al igual que el caso precedente, se utiliza el principio para evaluar si la atribución ejercida es procedente conforme a Derecho, pero el análisis parece insuficiente, por cuanto el razonamiento no lleva a concluir que esta facultad no es otorgada por el ordenamiento sino que se halla prohibida implícitamente por él.

**d)** En el Oficio No. 01327, el Procurador General del Estado absuelve una consulta planteada por el Presidente de la Junta Parroquial de Cangonamá utilizando del modo más peculiar de todos los examinados en esta tesis, el principio de legalidad. En efecto, ante la pregunta de la Junta sobre si esta puede adquirir bienes inmuebles y si puede proceder a la declaratoria de utilidad pública prevista en el artículo 36 de la entonces vigente Ley de Contratación Pública, el Procurador indica que esto no es posible y que de necesitarse un inmueble la Junta ha de solicitar la realización del procedimiento al correspondiente Concejo Municipal. Para llegar a esta conclusión, razona -invocando el artículo 119 de la Constitución- indicando que si bien la disposición de la Ley de Contratación Pública se refiere en modo general a las entidades y organismos del sector público, únicamente las habilita para la adquisición de inmuebles “*de acuerdo a las funciones que le son propias*” y como en la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales -a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Régimen Municipal- no se faculta a los entes a los que la ley se dirige para la adquisición de inmuebles, se debe proceder por

intermedio de organismos que sí se hallan dotados de facultades expresas para el efecto; indicando además que entre las finalidades de las municipalidades se encuentra atender las necesidades de las juntas parroquiales del cantón.

Me sorprendió mucho la posición del Procurador en este caso, que en una parte importante del razonamiento tiene a demostrar que la Junta Parroquial no se halla *facultada* para la adquisición de inmuebles (a pesar de la existencia de una norma general de habilitación) y luego indica la forma -indirecta eso sí- como la referida institución debería adquirir sus inmuebles. Es decir, no se cuestiona el fondo del asunto sino únicamente sus formas y en base a una interpretación literal de la ley se identifica la más complicada de todas como la idónea al caso. Además, se considera una disposición que habilita la adquisición de inmuebles, “*de acuerdo a las funciones que le son propias*”, de un modo absolutamente irrazonable, esto es sin tomar en consideración el ámbito material de competencias de cada entidad (por ejemplo que el Ministerio de Educación no puede expropiar un inmueble para la construcción de una carretera) para exigir una redundancia normativa, esto es que además de la atribución establecida en la Ley de Contratación Pública esta se reitere en otra ley.

Si bien es cierto, no me parece adecuado el régimen legal de adquisición de inmuebles por parte del sector público, que exige que para todo caso se proceda a la expropiación, sin permitir la simple compra venta cuando los bienes no vayan a formar parte de los demaniales, estoy en mayor desacuerdo aún con la absolución de la consulta por la Procuraduría, que no aborda la cuestión de fondo sino que se queda en aspectos meramente formales y únicamente por un seguimiento ciego de las reglas; además, complicando todo el modelo sin que ello reporte mayores garantías al ciudadano. En definitiva, y a mi entender, un absurdo total. Identifico por último un uso formalista o

dogmático del principio en este caso, entendiendo por tal que se lo emplea sin consideración a ningún fin determinado sino por un mero prurito normativista.

e) Mediante Oficio No. 1393 dirigido a la Contraloría General del Estado, y después de establecer que los particulares que forman parte de los directorios de entidades de derecho privado cuyos fondos estén integrados en el cincuenta por ciento o más por recursos públicos, para la percepción de sus correspondientes dietas deben sujetarse a las regulaciones que expidan las entidades públicas accionistas de dichas empresas, en base de la normativa expedida para el efecto por la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público -SENRES-, el Procurador afirma que los consejeros provinciales no pueden percibir dietas de empresas de derecho privado que manejen recursos públicos. Para absolver este último punto razona de la siguiente manera: La Ley de Régimen Provincial no contiene disposición alguna que permita a los consejeros provinciales formar parte de directorios de personas jurídicas de Derecho Privado que manejan recursos públicos (aplicando implícitamente el principio de legalidad); que la Ley de Régimen Provincial prohíbe a los consejeros la percepción aun indirecta de recursos de la corporación adicionales a sus dietas, viáticos, gastos de representación y de viaje; y, que si los consejeros fuesen parte de directorios de empresas en las que el consejo provincial mantiene acciones y, en consecuencia, recibieran dietas de las mismas, violentarían la prohibición antes mencionada, esto es, de recibir ingresos adicionales provenientes de la corporación.

En primer lugar llama la atención que tanto la pregunta como la conclusión se refieran, en general, a la posibilidad de que los consejeros reciban dietas de los directorio de entes privados que dispongan de fondos públicos de cualquier origen y que una buena parte del razonamiento se restrinja a la posibilidad de percepción de las dietas de las empresas en las que exclusivamente el Consejo Provincial participa. Es

posible, sin embargo, que esta sea una mera imprecisión terminológica y del contexto de la formulación de la consulta se desprenda que esta tenía un ámbito más restringido, es decir, únicamente en relación a los directorios de personas jurídicas de Derecho Privado que manejan recursos del Consejo Provincial. En todo caso, junto a un razonamiento fuerte, el relacionado con la doble percepción de ingresos de los consejeros, se utiliza el principio de legalidad para esgrimir un argumento que me parece más débil. ¿Qué ocurriría si el estatuto del ente privado -que forma parte del ordenamiento jurídico nacional- previera que en su directorio participe un representante del consejo provincial? ¿Acaso estaría creando una competencia? En mi opinión no, por lo que el argumento no es convincente. A este uso del principio que remite a una interpretación literal y acrítica de la ley ya lo hemos denominado anteriormente como formalista.

f) En el Oficio No. 01559, la Procuraduría absuelve una consulta que le planteara el Alcalde del Cantón La Troncal respecto de si para la suscripción de convenios de cooperación interinstitucional se debe contar o no con la anuencia previa del concejo municipal. El Procurador razona citando las disposiciones constitucionales y legales que consagran el principio de legalidad, refiriéndose a las normas que habilitan la cooperación interinstitucional y analizando a nivel de detalle las competencias asignadas al concejo municipal y al alcalde, respectivamente. Concluye indicando que no es competencia del concejo municipal la autorización de meros convenios administrativos y que únicamente este órgano colegiado debe participar en el procedimiento previo a la firma de convenios que involucran la construcción de obras o la prestación de servicios públicos. En el tema que nos ocupa quisiera destacar lo siguiente: 1) El análisis no se restringe a verificar en el articulado de la ley si literalmente se otorgó la competencia sujeta a examen: considera una norma general que posibilita a la “municipalidad” coordinar sus actividades y para adoptar la conclusión

esta se basa en una deducción y no en una mera constatación; 2) Además, el razonamiento incluye de modo tácito un examen de razonabilidad, esto es, en qué medida y casos es conveniente que el concejo municipal participe en el procedimiento de suscripción de convenios interinstitucionales. En definitiva, adherimos a la actitud de la Procuraduría en este caso, en el que aplica el principio de legalidad en forma amplia y considerando la utilidad que reporta las distintas formas de interpretar la ley, especialmente tomando en cuenta que esta decisión no puede afectar directamente a los ciudadanos sino exclusivamente la organización interna del ente público.

**g)** La Procuraduría a través del Oficio No. 01731 absuelve una consulta que le formulara el Director de Movilización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas respecto de si es procedente que dicha entidad renueve por un año una póliza de fidelidad. El Procurador cita las normas que regulan el contrato de seguro en general y que se refieren a la renovación de las pólizas, lo dispuesto en la Ley General de Seguros respecto de procedimiento de contratación de pólizas por el sector público y su sometimiento al régimen de libre competencia para concluir que sí es procedente la renovación de las pólizas que requieren los entes públicos. Sin embargo, después sugiere la adopción de una serie de medidas que suponen condiciones y limitaciones a estas renovaciones, en consideración al mencionado régimen de libre competencia y al principio de legalidad, constitucionalmente consagrado. Más allá de que la conclusión a la que se llega -esto es, que es procedente la renovación de las pólizas- no se sigue de la premisas (en todo caso estaríamos ante un razonamiento entimemático) y que en general los argumentos esgrimidos son insuficientes para abordar la gran envergadura de los temas en discusión (por ejemplo: ¿La renovación del contrato no supone una fraude a la legislación de contratación pública aplicable para el aseguramiento de los riesgos de las entidades públicas? ¿Qué condiciones de validez debe reunir una renovación de contrato

público?, etc.) queremos centrarnos en la invocación que se hace del principio de legalidad. Si bien es cierto se suele afirmar (lo que me parece discutible) que en el procedimiento precontractual se ejercen propiamente potestades públicas (aun en la legislación vigente, en la que expresamente se afirma que existen contratos administrativos, figura que me parece controvertible) en el contexto de esta absolución, la invocación del principio es totalmente gratuita y no se justifica en modo alguno y da la impresión que se lo hace exclusivamente para dar mayor fuerza al argumento de fondo. Es lo que ya hemos identificado como función persuasiva o retórica del principio.

**h)** Mediante Oficio No. 02105, el Procurador absuelve la consulta que le formulara el Alcalde del cantón Santiago sobre si existiría objeto ilícito en la celebración de un convenio de cofinanciamiento de proyectos de distribución eléctrica y alumbrado público en el cantón con la Empresa Eléctrica Regional Sur C. A. En consideración a las normas legales sobre las competencias municipales y las que rigen el sector eléctrico, concluye que el Municipio no puede invertir sus recursos en la realización de obras eléctricas al no tener ninguna competencia en la materia y en aplicación del principio constitucional de legalidad.

En nuestra opinión el principio se utiliza en este caso para garantizar que las entidades públicas o que detentan recursos públicos no interfieran entre sí, es decir, con fines de organización interna. No me parece que el razonamiento sea convincente puesto que aborda el problema desde una óptica muy limitada, por ejemplo sin considerar la posibilidad de que la municipalidad realice inversiones en el sector eléctrico y que por lo tanto se orienten a obtener rentabilidad, la especial situación de las empresas eléctricas al ser sociedades con participación mayoritaria (sino exclusiva) del sector público, que la electrificación del cantón puede coadyuvar a que la Municipalidad

cumpla de mejor forma sus fines o el deber de las entidades públicas de coordinar sus acciones para lograr el bien común, etc.

Si bien es cierto se podría considerar que el número de absoluciones de consultas en las cuales se utiliza el principio de legalidad es muy bajo, esta conclusión debe desestimarse en razón de que la mayoría de estos pronunciamientos se ven influidos en su forma, de modo implícito, por el principio en estudio. En efecto, la mayoría de los casos las absoluciones de consultas se limitan a una transcribir las normas legales o reglamentarias que se consideran aplicables al caso y la enunciación de una conclusión que se desprendería naturalmente de estas, a diferencia de los casos, que podríamos llamar difíciles, en los cuales se hace necesario hacer explícito un razonamiento que va más allá de la enunciación de las normas. Indudablemente este uso es inadecuado, porque encubre la complejidad del razonamiento jurídico en aras de fortalecer la impresión de imperatividad del derecho. Explicándonos mejor, hay que considerar que la selección de las normas que se aplican a un caso exige, en la mayoría de las ocasiones, una toma de decisión; que la asignación de sentido a estas reglas -su interpretación- también lo requiere y que, en todo caso, la solución de un caso no se restringe a la enumeración de unas ciertas normas sino a una argumentación que asigna un sentido específico al ordenamiento jurídico en relación al tema en discusión. La forma general de razonamiento de las absoluciones de consulta esconde todas estas toma de decisiones y el carácter argumental del razonamiento jurídico partiendo de una ficción -que me parece es asumida por los operadores jurídicos que elaboran las absoluciones- de que el ordenamiento de por sí contiene una única respuesta plausible para cada caso. Esta función del principio ya la hemos denominado anteriormente como dogmática.

**1.3 En los libros de texto.-** A continuación se indicarán los usos que algunos autores ecuatorianos hacen del principio de legalidad en sus libros de enseñanza del Derecho Administrativo. En este caso, haremos la referencia a las páginas del libro en cuestión. Los resultados obtenidos son los siguientes:

1.3.1 En el *Curso Breve de Derecho Administrativo* del Dr. Patricio Secaira Durango<sup>3</sup>.-

Podemos encontrar los siguientes usos:

**a) Como una forma de expresar el sometimiento de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico:** En las páginas 53 y 54 se cita el artículo 119 de la Constitución entonces vigente y haciendo referencia a las normas jurídicas abstractas, se indica que estas funcionan como límite y criterio de validez de la actividad pública; de igual forma en la página 60 en relación a los principios de Derecho Administrativo de “La seguridad jurídica” y “La legalidad”, en el último párrafo de la página 62 que se refiere a las fuentes del Derecho Administrativo. Como ya lo mencionáramos anteriormente este uso de principio nos parece superfluo e insubstancial: cualquier acto jurídico está sometido al Derecho (no sólo a los actos normativos) y no se necesita invocar un principio específico para este fin.

**b) Como garantía de la libertad ciudadana:** En las páginas 57 y 58, y más específicamente en las letras a), i) y m) que definen las características del Derecho Administrativo, se hace referencia a la subordinación de la administración a la ley como garantía ciudadana y condición de seguridad individual; de igual forma en el tercer párrafo de la página 178. Este uso nos parece especialmente importante, aunque el autor se limita a enunciarlo sin realizar un análisis exhaustivo del mismo.

**c) Como fundamento de la presunción de validez los actos administrativos:** En las páginas 60 y 180 se lo emplea como fundamento de la presunción de validez de los

---

<sup>3</sup> Primera edición, Quito, Universitaria, 2004.

actos administrativos. No creemos que el principio de legalidad sustente esta presunción que más bien se fundamenta en la autotutela de que gozan los entes públicos de nuestra tradición jurídica y cuyo significado se limita a establecer una regla de carga de la prueba: quien alega que una actuación administrativa es inválida debe demostrarlo.

**d) Como fundamento del aumento de la actividad reglada sobre la discrecional y del control de la actividad discrecional:** En las páginas 200 y 201 se transcribe una parte de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el caso No. 58-2001 en el que se recurre al principio de legalidad para argumentar a favor de los actos reglados respecto de los discrecionales y para permitir el control jurisdiccional de estos últimos. Siendo indudable que los llamados actos discrecionales tienen ciertos elementos reglados y que están sujetos al control jurisdiccional, no encontramos relación alguna entre estas aseveraciones y el principio de legalidad. En nuestra opinión esta asociación es innecesaria y se la puede explicar por cuanto se suele utilizar el principio (como ya lo hemos comprobado en algunas ocasiones) para ratificar la vinculación de la administración con el ordenamiento jurídico.

**e) Como argumento para cuestionar las decisiones judiciales que permiten accionar en vía ejecutiva la falta de aplicación del silencio administrativo positivo:** En las páginas 220 y 221 se hace referencia a los fallos de triple reiteración que, ante las dificultades de aplicación del silencio administrativo positivo, establecieron que los administrados podrían activar la vía judicial para su ejecución. En este contexto se utiliza al principio de legalidad para cuestionar muy sutilmente estos fallos. Sin embargo, no se toma en cuenta que la Ley de Modernización otorgó amplias facultades a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y, sobre todo, que la

Constitución garantiza a los ciudadanos la tutela judicial efectiva de sus derechos subjetivos.

1.3.2 En el Tomo I del *Derecho Administrativo* del Dr. Jorge Zavala Egas<sup>4</sup>.- En este libro logramos identificar los siguientes usos del principio de legalidad:

**a) Para destacar el carácter dependiente, vinculado, de la Administración:** En la página 23 -citando el artículo 119 de la Constitución entonces vigente- y en las páginas 77, 80-85, 153-154, 158-159, 218-219 y 222, se afirma que la Administración no puede generar por sí misma las potestades que ejerce, exclusivamente, en virtud de habilitación constitucional, legal o de la provista por los principios generales del Derecho, identificando a este principio como de juridicidad y de legalidad formal (aún cuando en la página 154 se hace referencia también a los reglamentos, sin embargo el contexto general considera a la ley en sentido formal), alternativamente. También se contrasta esta situación con la de autonomía de los particulares, se cita el artículo 86 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que se refiere a las facultades implícitas de los órganos administrativos (por ejemplo, la fiscalización, exclusivamente en la Administración Pública Central, página 229) diferenciando estas facultades de la interpretación extensiva y analógica, y se indica que el principio no es violentado al establecer potestades discrecionales en la que siempre existen elementos reglados (recogiendo la doctrina española al respecto). El argumento cohesionaría armónicamente bastantes aspectos y resulta balanceado, pero parece insuficiente en el nivel justificativo: en este plano únicamente se hace referencia al carácter representativo del Legislativo, afirmación que no logra justificar la técnica de la vinculación positiva de la Administración por normas generales.

---

<sup>4</sup> Primera edición, Guayaquil, Edino, 2005.

**b) Como criterio de identificación del Derecho Administrativo:** En la página 33 y después de establecer la impugnabilidad judicial de los actos que provienen de otros poderes públicos que no son administraciones públicas, se propone que la peculiaridad del Derecho Administrativo consiste en el ejercicio de una potestad por disposición legal y subordinada siempre a la misma ley. Si se toma en cuenta un concepto restrictivo de ley, es decir, en sentido formal, el criterio sería insuficiente, en la medida en que no permite distinguir un Derecho Administrativo así caracterizado con las demás ramas del Derecho Público, como por ejemplo con el Derecho Procesal. Si se atiende a un concepto material de ley, esto es como norma jurídica abstracta, el criterio no sirve para distinguir ningún ámbito jurídico particular, puesto que todo el Derecho está sometido a estas normas, inclusive el Derecho Privado, en el cual la autonomía voluntad es capaz de producir efectos exclusivamente porque la ley así lo prevé. Esta posición se atenúa un poco en la página 42 cuando al definir a la Administración Pública se toma en cuenta el elemento subjetivo, teleológico y objetivo, identificando a este último como las “... *funciones que les están reservadas* [a la Administración Pública] *en el marco constitucional o legal ...*” (el texto entre corchetes nos pertenece). Repetimos que para nosotros el criterio no es adecuado para distinguir a la administración de los demás entes públicos pues a todos ellos se aplica el principio de legalidad. Sin embargo, nos parece muy interesante -al igual que en la letra anterior- la vinculación que se realiza entre el principio de legalidad y el ejercicio de las potestades públicas, lo que representa una mayor precisión -que será necesario analizarla posteriormente- que hablar en modo general de las actividades de los entes públicos.

**c) Como garantía de la libertad individual:** Al referirse a los derechos públicos subjetivos, el autor en la página 129, cita a Gerber, que afirma la existencia de derechos negativos del pueblo, es decir, de un ámbito de libertad negativa que actúa “...

*restringiendo el poder estatal en los límites de sus facultades ...*”. Es decir, de manera implícita se justifica que los órganos del poder público actúen dentro de las facultades que le son otorgados no por razones internas de organización sino como una garantía de los individuos. Este es un tema muy interesante a explorar cuando nos referimos al principio de legalidad pero no es desarrollado en el libro.

**d) Como una forma de expresar el sometimiento de las administraciones públicas**

**al ordenamiento jurídico:** En la página 142, el autor, al exponer sus motivaciones al participar en la elaboración del proyecto de Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva indica que era necesario someter a la Administración al principio de legalidad con especial énfasis en los procedimientos y en las garantías de los administrados. De igual forma en las páginas 228-229, al referirse al principio de tutela, se indica que este se propone, en primer lugar, asegurar la legalidad de la actuación administrativa. En estos casos parece claro que el autor se refiere al mero sometimiento al ordenamiento jurídico que, como indicáramos no requiere la invocación de ningún principio específico y que por lo tanto resulta superflua.

**e) Como presupuesto de la autotutela:** En la página 194 se menciona al principio de legalidad y a la presunción de legitimidad como presupuestos de la autotutela. No se desarrolla propiamente un argumento sobre el tema por lo que es difícil examinarlo pero debemos indicar que más bien la presunción de legitimidad es una consecuencia y no un presupuesto de la autotutela y en cuanto al principio de legalidad no se logra establecer un vínculo, a no ser que se considere al principio como una expresión del sometimiento de la administración pública al Derecho, lo cual como se ha indicado reiteradamente, no nos parece conveniente ni teóricamente exacto.

1.3.3 En los dos tomos del *Derecho Administrativo* del Dr. Efraín Pérez Camacho<sup>5</sup>.- En estos libros se identificaron los siguientes tipos de utilización del principio en examen, es decir, del principio de legalidad:

**a) Como criterio diferenciador entre el Derecho Público y el Privado:** En la página 37 el autor establece como una de las notas distintivas entre estas dos ramas, que el primero no autoriza “*sino los actos que establece en forma expresa*” a diferencia del segundo “*que permite todo lo que no prohíbe*” para después matizar esta opinión, indicando que existen excepciones y que la diferenciación no es precisa. Nos parece adecuada esta última apreciación y nos permitimos indicar que el principio de legalidad es aplicable al ejercicio de cualquier potestad jurídica, sea pública o privada, como por ejemplo la patria potestad, que si no estuviese expresamente prevista por el ordenamiento, no sería jurídicamente oponible. En la página 385 se hace una cita de un fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el mismo sentido, lo que se ratifica en la páginas 388, 390-391.

**b) Como criterio de validez para la transferencia de atribuciones a los organismos seccionales autónomos y de reorganización administrativa por parte de la Presidencia de la República:** En las páginas 114, 121, 131, 141-142, 149, 152, 297-298 y 301-302, después de revisar las normas de la Ley de Descentralización y constitucionales, el autor se cuestiona la validez de la referida transferencia y facultad de reorganización, en consideración al principio de legalidad, concluyendo que ha operado una delegación legislativa. Pensamos que a este argumento se le debe, en principio, formular el siguiente reparo: eventualmente, no nos encontraríamos ante una legislación delegada (los gobiernos seccionales autónomos no regulan por ordenanza lo que habría correspondido a la ley, ni adquieren tal rango los decretos presidenciales) sino una deslegalización (como por ejemplo terminó argumentando Zavala Egas sobre este tema) (Sin embargo el autor reitera que en el caso no corresponde la deslegalización). La opinión del autor nos parece desproporcionada, considerando que si la Constitución preveía dicho régimen, en lugar de referirnos a una delegación legislativa o una deslegalización es mucho más simple explicar la situación como una mera excepción constitucional a una reserva legal (sin discriminar, por ahora, si a esta deba considerarla en sentido material o formal).

---

<sup>5</sup> Primera edición, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.

**c) Como garantía de la libertad ciudadana:** Expresamente se afirma esto en la página 138 del libro. Sin embargo no se desarrolla el tema más allá de su sola enunciación.

**d) Como requisito de la actuación administrativa:** En la página 150 -y también en la página 863- se denomina principio de juridicidad a la idea de que “... *-lo que no está permitido, se entiende que está prohibido-* ...” indicando que esta noción debe distinguirse del principio de legalidad. Realmente no entiendo esta distinción bajo los supuestos en los que opera el autor. Si por juridicidad se entendiera la mera sumisión al ordenamiento jurídico, como por ejemplo cuando se habla del control de la juridicidad, esta sería inteligible (aun cuando creo que tampoco sería justificable), pero el autor se refiere consistentemente a la ley con un criterio formal. No tiene sentido multiplicar en dos principios una misma idea que no puede ser entendida en debida forma si se desatiende a todos sus elementos. De forma similar en la página 741 se transcribe una consulta de la Procuraduría en la que se invoca el principio para indicar que no es posible que una universidad pública pague parte de un servicio licitado por una Municipalidad. En este caso lo que no se explica es por qué el pago constituiría el ejercicio de una atribución y tampoco se esgrimen razones adicionales que permitan verificar la razonabilidad o no de la decisión.

**e) Como fundamento de la prohibición de interpretación extensiva y analógica:** Esta afirmación contante en las páginas 150-153 toma como referencia dos absoluciones de consulta de la Procuraduría General del Estado que son citadas, sin que se haga ninguna explicación ulterior. Inmediatamente después, sin embargo, se justifica la existencia de las facultades implícitas. Me parece adecuada la referencia a las competencias implícitas, pero en cambio es injustificada la referencia constante en las absoluciones de que en todo el Derecho Público no cabe la interpretación extensiva y analógica cuando el principio de legalidad únicamente justifica que no se utilice este tipo de interpretación en lo que se refiere a la asignación de atribuciones a los órganos del poder público. Igual afirmación consta en la página 301.

**f) Como una forma de expresar el sometimiento de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico:** En las páginas 284-285 se cita una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en que se indica que una universidad no puede invocar su autonomía para violentar el ordenamiento pues vulneraría el principio de legalidad. En igual sentido se encuentra una referencia en la página 543, además de que se afirma lo mismo en la página 757, aunque en este último caso se lo llama principio de especialidad. Como ya se afirmó anteriormente, este uso

nos parece inadecuado pues únicamente significa un sometimiento al Derecho, que es un presupuesto del discurso jurídico y que no requiere de ningún principio que lo explicita y menos como particular de una de sus ramas.

**g) Como característica de los actos reglados:** Se cita una absolución de consulta de la Procuraduría que en la página 523 indica que los actos reglados están sujetos al principio de legalidad. Este es un evidente error debido a que todo acto administrativo, inclusive el llamado discrecional, está sujeto al principio de legalidad, y, por esta misma razón es que todo acto tiene algunos elementos reglados. En definitiva, la diferencia entre los actos discrecionales y los reglados es exclusivamente de grado.

**h) Como fundamento para una doble habilitación:** De un modo crítico, el autor se refiere en la página 526 a una absolución de consulta de la Procuraduría, en la que se negaba la posibilidad de que un consejo provincial constituya una compañía anónima, no obstante la existencia de una disposición de la Ley de Compañías que permitía a las instituciones públicas hacerlo de un modo general, bajo el argumento de que es necesario que otra ley habilite directamente al consejo para el efecto. La posición del autor no es del todo firme, en la medida que busca alternativas de acción a la negativa de la Procuraduría, antes de atacarla frontalmente. Y es que este dictamen no tiene sentido y más bien parece presuponer un cierto prejuicio: la habilitación legal para actuar no sólo exige provenir de una ley sino que esta ley debe pertenecer al campo del Derecho Público y no del Derecho Privado. Esto simplemente es insostenible y pone de manifiesto un uso dogmático del Derecho que lo lleva al límite de lo irrazonable.

**i) Como presupuesto del ejercicio del poder de policía y expropiatorio:** En la página 541 el autor da cuenta de la polémica en la doctrina argentina respecto de si el poder de policía se entiende establecido por principio general o, si por el contrario, requiere de habilitación legal específica por cada caso, decantándose por la segunda de las opciones y sustentándose en la reserva legal para prohibir u ordenar la conducta de las personas. Si bien puede ser discutible que las normas citadas constituyan una reserva de ley formal o se refieran específicamente a las restricciones que impone el poder de policía, es muy sugerente la vinculación del ejercicio de una potestad en relación a la situación jurídica de los individuos. En igual sentido en la página 566 y respecto de la expropiación en las páginas 581-582, 596 y 621.

**j) Como condición y caracterización de los servicios públicos:** En la página 643 se determina como un requisito para identificar a un servicio público, su *publicatio* mediante ley, por la exclusión de origen de la actividad privada en su prestación y, en el

caso de proceder concesión, de la previsión de potestades a ser ejercidas por los particulares. No parece exacta la afirmación del autor pues los servicios públicos sí pueden prestarse por particulares, no obstante que se sometan a un régimen jurídico especial que, en la medida que establecen un poder, deben estar determinadas en la ley, ya sea que este se ejerza por el Estado o los particulares.

**k) Como regla general pero no universal del quehacer de los entes públicos:** En las páginas 725-726 y refiriéndose a la contratación pública, el autor critica un uso ilimitado del principio de legalidad que impida siquiera considerar posibilidades de acción razonables para la administración citando a Vedel en el sentido que el Derecho Administrativo sería el derecho común de las administraciones públicas en tanto que el privado sería un derecho de excepción para estas. Esta me parece una consideración importante y fundamentada del autor que sin embargo se considera exclusivamente en un ámbito limitado -la contratación pública- y que más bien requeriría una toma de posición general sobre el Derecho Público y sus principios.

**l) Como presupuesto de aplicación de las cláusulas exorbitantes en la contratación pública:** Consta esta afirmación expresamente en las páginas 824-825 y puede entenderse que es una mera aplicación del concepto general de habilitación positiva puesto que la administración ejercitaría su imperio en el ejercicio de estas cláusulas y, en consecuencia, requiere cómo mínimo de norma general para el efecto.

Ya tendremos ocasión, en el capítulo tercero de esta tesis, de someter a una evaluación integral todos los usos que en la práctica se dan del principio de legalidad, incluyendo sus referencias en los libros de texto. Sin embargo, podemos afirmar, que en estos libros constan, de forma aislada, análisis elaborados y razonables pero que no se integran adecuadamente en una teoría cohesionada. Prueba de ello es la dispersión de los usos del principio de legalidad que ponen remanifiesto que este concepto -y presuponemos que los mismo ocurre con otros- se utiliza de un modo poco preciso. También tenemos la impresión de que cuando los autores definen un concepto son muy minuciosos y en muchos casos, también progresistas, pero estas características no suelen mantenerse cuando utilizan estos conceptos en otros contextos. Como hipótesis explicativa atribuyo esta característica a nuestra formación poco sistemática y centrada casi exclusivamente en conceptos y no en la resolución de problemas.

## Capítulo II

### **SOBRE LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

En el capítulo precedente se revisaron algunos usos que en la práctica hacen los operadores jurídicos ecuatorianos del principio de legalidad, pero es necesario contar con una base teórica sobre los roles que asume el principio de legalidad, para -como se hará en los capítulos posteriores- confrontar y criticar ambos campos, teórico y práctico. Para el efecto, en este capítulo se harán presentes las justificaciones teóricas que se han formulado respecto del principio de legalidad, partiendo de una definición que proponemos de este principio (pero que puede verse afectada por las conclusiones de esta tesis) y por la explicitación de sus consecuencias.

**2.1 Sobre una definición del principio de legalidad.-** Antes de explicar la definición y las consecuencias del principio que consta en el primer capítulo de esta tesis, es necesario hacer referencia a las definiciones y los presupuestos que los autores emplean al abordar el principio en estudio.

**2.1.1 Antecedentes.-** En primer lugar examinaremos las principales tendencias y elementos que se suelen abordar cuando se define el principio de legalidad administrativa, así:

**a) Como mero sometimiento a las normas abstractas:** La mayoría de los autores consultados para la elaboración de este trabajo, esto es, Escuín Palop<sup>6</sup>, Santofimio Gamboa<sup>7</sup>, Brewer Carías<sup>8</sup>, Entrena Cuesta<sup>9</sup>, Vidal Perdomo<sup>10</sup>, Marienhoff<sup>11</sup> y Garrido

---

<sup>6</sup> Cfr. *Elementos de Derecho Público*, Tercera edición, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 88-89.

<sup>7</sup> Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 379.

<sup>8</sup> Cfr. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 43-44.

<sup>9</sup> Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I/1, Decimotercera edición, Madrid, Tecnos, 1999, p. 141.

<sup>10</sup> Cfr. *Derecho Administrativo*, Primera edición, Bogotá, Temis, 1997, p. 331.

<sup>11</sup> Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 69, nota 83.

Falla definen al principio de legalidad únicamente como el sometimiento de la actividad de las administraciones públicas a las normas generales y abstractas del ordenamiento jurídico. A modo de ejemplo citaremos la siguiente caracterización que del principio de legalidad hace el último de los autores mencionados: *“No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del poder legislativo se concede, sino asimismo el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia.”*<sup>12</sup>.

Como lo comprobaremos más adelante, en general, cuando se habla de ley, es necesario distinguir su significado formal o material. En este caso, como los autores se refieren al mero sometimiento de la administración pública al Derecho, es lógico que se acuda a su sentido material que incluye a la totalidad de normas jurídicas generales y abstractas. Precisamente para poner de relieve esta consideración se pueden utilizar términos más comprensivos que el de legalidad, como por ejemplo, legitimidad (cuyo denotación en cambio parece excesiva), según nos da cuenta Cassagne<sup>13</sup>, o juridicidad como refieren García de Enterría y Fernández<sup>14</sup>, atribuyendo este término a Merkl.

Si bien la consideración previa podría evitar la confusión terminológica y, eventualmente, ser útil en contextos muy concretos, como por ejemplo cuando se hace referencia al control que hacen los jueces sobre la regularidad de la actuación

---

<sup>12</sup> Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Decimocuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 199.

<sup>13</sup> Cfr. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Primera edición, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 119.

<sup>14</sup> Cfr. ob. cit., p. 427.

administrativa, no creemos que sea útil la preservación de esta noción. Como ya lo afirmamos previamente, en el contexto del Derecho Público actual, la proclamación de un principio de juridicidad de las administraciones públicas nada da ni nada quita al Derecho Administrativo. Efectivamente, en la actualidad hablar de Derecho, en cualquiera de sus ramas, implica hacer referencia a normas jurídicas, ya sean abstractas o concretas, con fuerza imperativa, por lo que no se justifica su reiteración con un principio específico. Históricamente, existieron regímenes políticos en los cuales la Administración Pública no se sometía a normas generales y previas, pero como en la actualidad esta posibilidad ni siquiera se considera, no tiene sentido consagrar un principio en consideración a aquella. En conclusión, pues, prescindimos de esta acepción del principio de legalidad.

**b) Como requisito para el obrar de los órganos administrativos:** El significado relevante que el principio de legalidad tiene en el Derecho Administrativo y, en general, en el Derecho Público, consiste en requerir una habilitación “legal” previa para que las entidades y órganos públicos puedan obrar. Esta regla funciona entonces como una norma inversa a la de la autonomía de la voluntad, que permite a los individuos actuar a falta de disposiciones prohibitivas. Esta regla de habilitación positiva es contingente y, por lo mismo, significativa, en la medida que se han formulado sistemas que la han contradicho. Su significado es ilustrado por García de Enterría y Fernández: *“Nuestro temas es precisar ... qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la rige. ... La Administración podría hacer ‘no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe’ (MEYER-ANSCHÜTZ). Más en particular: habría de entenderse que la Administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. ... Tal concepto de la discrecionalidad, y correlativamente*

*de la legalidad de la Administración, ha estado vigente en nuestro país hasta tiempos asombrosamente recientes, concretamente hasta la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. ... Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la positive Bindung, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad (WINKLER), ... el principio de la legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda a actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima ...”<sup>15</sup>.*

**c) ¿Por ley formal o material?:** En la letra precedente omitimos voluntariamente especificar si cuando hablamos de ley nos referimos a la ley formalmente aprobada como tal por la legislatura o al conjunto de las normas abstractas, es decir, a la ley en sentido material, por cuando dedicaremos este apartado para el efecto.

Esta distinción secular del Derecho Administrativo (de origen alemán: Jellinek; y retomada en Francia: en la idea del bloque de legalidad de Hauriou, a la que por cierto hace referencia la Resolución No. 1420-2006-RA de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 230, de 12 de diciembre de 2007 y mencionada en el Anexo No. 3 de esta tesis) que ya es de uso común en la Teoría General del Derecho, es asumida generalmente por los autores<sup>16</sup>, en el tema de nuestro interés, para ampliar el ámbito de reglas habilitantes (a excepción de Martín Mateo<sup>17</sup>), es decir, para establecer que la administración es autorizada para actuar no sólo por leyes sino por normas generales y abstractas (nosotros preferimos no utilizar la palabra ordenamiento porque entendemos que esta también se refiere a las normas particulares y a las concretas), que incluyen a la Constitución por ejemplo, y también, al reglamento, como lo explican García de Enterría y Fernández: “*Ha de*

---

<sup>15</sup> Ídem. pp. 427-431.

<sup>16</sup> Cfr. por ejemplo Cassagne, ob. cit., p. 123.

<sup>17</sup> Cfr. *Manual de Derecho Administrativo*, Vigésima primera edición, Madrid, Trivium, 2002, pp. 94-95.

*notarse también que no hay en este fenómeno de autohabilitación a través de normas reglamentarias ninguna quiebra del principio de legalidad, antes bien una confirmación del mismo en cuanto mecanismo formal. Pues la Administración utiliza para dictar el Reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria; del ejercicio de esta potestad, por su virtud normativa, podrán surgir potestades nuevas de actuación concreta, una vez creadas las cuales, y no hasta entonces, la acción concreta ya es posible. A ésta técnica la doctrina francesa le ha asignado nombre propio, el principio del Règlement préalable, del Reglamento previo, que no es más, en rigor que una especificación a una hipótesis muy concreta del principio más amplio de la legalidad”<sup>18</sup>.*

Para adoptar una posición sobre este último aspecto en el Ecuador, y más generalmente sobre si el principio de legalidad administrativo supone una reserva legal o no, debemos considerar nuestras normas constitucionales, específicamente la primera oración del artículo 226, que dispone: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”*, el numeral 4 del artículo 132, que establece: *“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. ... Se requerirá de ley en los siguientes casos: ... 4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados”*, y los numerales 5, 6 y 13 del artículo 147, del siguiente tenor: *“Son atribuciones y deberes de la Presidenta o del Presidente de la República, además de los que determine la ley: ... 5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control. 6. Crear, modificar y suprimir los*

---

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 439.

*ministerios, entidades e instancias de coordinación. ... Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a l buena marcha de la administración.”.*

A favor de una interpretación restrictiva de ley o en sentido formal, podríamos argumentar que el artículo 226 no se remite al Derecho o al ordenamiento<sup>19</sup> sino a fuentes precisas y determinadas: la Constitución y la ley. En este sentido, si la palabra ley se hubiese utilizado en un sentido material no habría sido necesaria la mención a la Constitución, puesto que la noción de ley material la incluye. En cambio, a favor de una interpretación amplia de ley, o en sentido material, puede argüirse que únicamente se ha previsto una reserva legal para la asignación de competencias a los gobiernos autónomos descentralizados y que la facultad que otorga nuestra norma jurídica máxima al Presidente para crear o modificar entidades supone que otorgue facultades a estos organismos, pues en caso contrario, resultaría inoperante (de modo expreso se consagra esta idea en el artículo 21 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva).

Ambas argumentaciones, sin embargo, nos parecen limitadas pues atienden exclusivamente a la interpretación literal de la Constitución. Si consideramos que el texto permite válidamente ambas interpretaciones, debemos atender a otros criterios para asignarle un significado. Como se verá cuando se haga la breve descripción histórica de las contingencias del principio, la adopción de un estricto formalismo acarrea graves problemas prácticos y reacciones así mismo extremas (la reserva reglamentaria), y, considerando que la razón de ser del principio, esto es, que el poder - en este caso el poder público- no se ejerza arbitrariamente sino garantizando la igualdad formal de los sujetos de Derecho, nos parece adecuada una interpretación amplia de ley,

---

<sup>19</sup> Como por ejemplo lo hacen algunas disposiciones de la Constitución española. Cfr. Entrena Cuesta, ob. cit., p. 142.

es decir, que se refiera a todas las normas generales y abstractas<sup>20</sup>, misma que se adoptará en adelante.

**d) En definitiva, el principio de legalidad administrativa no es una reserva legal:**

Con la conclusión adoptada en la letra anterior debemos colegir que cuando hablamos del principio de legalidad administrativa **no** estamos haciendo referencia a una reserva legal, de modo similar por ejemplo al principio de legalidad que en el Derecho Penal -o más generalmente en el derecho sancionador- se aplica en la determinación de las infracciones y las sanciones. Según lo explican García de Enterría y Fernández<sup>21</sup> y lo ratifica Cajaville Peluffo<sup>22</sup> la teoría de la reserva legal originalmente se refiere en concreto a la imposición de impuestos y delitos pero, mediante generalizaciones sucesivas, alcanza a las nociones amplias de propiedad y libertad. En todo caso, debemos indicar que nuestro derecho positivo consagra reservas que van más allá de estos ámbitos (artículo 132 de la Constitución). Una digresión interesante con ocasión de la reserva legal es que esta presupone una potestad reglamentaria ampliamente otorgada, puesto que si no existiera esta potestad reglamentaria de principio, la reserva legal no tendría sentido<sup>23</sup>. También debe distinguirse la reserva legal de fenómenos como la congelación de rango o la preferencia de ley<sup>24</sup>, la primera entendida como la mera regulación de una materia por ley y la segunda como la disposición legal de que una materia se regule precisamente por ley, de tal forma que su modificación exige otra norma del mismo o mayor rango que la deje sin efecto, aun cuando no exista un condicionamiento constitucional para ello. Las diferencias son claras: la reserva supone una limitación absoluta impuesta por el constituyente y por lo tanto indisponible al

---

<sup>20</sup> En sentido similar: Jorge Zavala Egas, *Introducción al Derecho Administrativo*, Primera edición, Guayaquil, Edino, 2003, pp. 146-148.

<sup>21</sup> Cfr. ob. cit., p. 233.

<sup>22</sup> Cfr. ob. cit., p. 360.

<sup>23</sup> Ídem, pp. 359-360

<sup>24</sup> Cfr. Cassagne, ob. cit. p.121.

legislador, a diferencia de lo que ocurre con el congelamiento o la preferencia. Por último, debemos indicar que en ámbitos como el tributario, el principio de legalidad debería entenderse exactamente igual que en el campo penal y no en el sentido en que se lo formular en esta tesis, es decir, exclusivamente como reserva de ley. En sentido contrario se ha manifestado el Dr. César Montaña Galarza<sup>25</sup>.

2.1.2 La definición provisional.- Con estos antecedentes, ratificamos en un primer momento la definición del principio de legalidad realizada en el primer capítulo de esta tesis, esto es, la exigencia de que una norma general y abstracta habilite cada actuación de las administraciones públicas.

Decimos que esta definición es provisional en virtud de que hay un elemento indefinido en ella, que deberá ser precisado en virtud de las conclusiones de esta tesis, esto es, qué es lo que debe entenderse por “actuación de las administraciones públicas”.

2.2 **Sobre las implicaciones de la definición del principio de legalidad.**- Según indican García de Enterría y Fernández, y con ocasión del estudio de las facultades implícitas, de las que hablaremos en el cuarto capítulo de esta tesis: *“Es obvio, sin embargo, que este proceso deductivo no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración; tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio.”*

Efectivamente, no es posible utilizar en esta materia la interpretación analógica, puesto que esto supondría una vía fácil para vulnerar el principio y ampliar las facultades de los entes públicos a discreción de sus titulares. De hecho, autores como Alchourrón y Bulygin que caracterizan a normas similares a las del principio de legalidad administrativa como reglas de clausura, consideran a estos dos aspectos como

---

<sup>25</sup> Cfr. Los principios constitucionales tributarios de legalidad y de reserva de ley en el Ecuador, en *Revista Fiscalidad No. 2*, Quito, Servicio de Rentas Internas, 2008, p. 74.

“dos caras de la misma moneda”<sup>26</sup>. Por cierto estos autores indican que “Una regla de clausura prohibitiva (‘toda acción no normada está prohibida’) daría lugar a incoherencias en los casos en que no estuviera normado p, ni tampoco estuviera normado -p, pues las normas ‘Php’ y ‘Ph-p’ son manifiestamente contradictorias. ... Pero desde luego nada impide formular reglas de clausura complejas que prohíban u ordenen ciertas acciones y permitan otras”<sup>27</sup> (Ph significa prohibido). Ante esta objeción sólo podemos crear una formula ad-hoc que pretende interpretar el sentido del principio de legalidad como norma de clausura, de la siguiente forma: Cualquier acto de ejercicio de potestad de un órgano administrativo que no esté expresamente regulada por las normas generales y abstractas está prohibida y su omisión está permitida. Naturalmente, esta aclaración, que intenta evitar su interpretación contradictoria, no requiere explicitarse en cada momento, puesto que se presupone del contexto del discurso.

**2.3 Explicaciones históricas del principio de legalidad.-** Cuando nos planteamos la realización de la tesis buscamos justificar el principio de legalidad administrativa tanto desde un punto de vista histórico como conceptual. Sin embargo, este enfoque es inadecuado, por cuanto confunde dos planos distintos de discurso como lo explica Atienza: (se) “pasa por alto la distinción fundamental que existe entre explicar y justificar un fenómeno, un proceso histórico, etc. Los argumentos historicistas ... se dirigen esencialmente a explicar una determinada situación, pero no tienen -no podrían tener- alcance justificativo alguno. No constituyen el punto de partida del aspecto justificativo de su tesis ... sino la explicación previa de un estado de cosas que se considera indeseable. ... Y si esto es así, entonces me parece que no tiene sentido el reproche de que el punto de partida deba hallarse en la Constitución y no en la

---

<sup>26</sup> Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Tercera reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 197.

<sup>27</sup> Ídem. pp. 195-196.

*historia. La Constitución no tiene valor explicativo, sino que es la base de la argumentación de tipo justificativo, lo que, por cierto, significa también que la prohibición de arbitrariedad que la misma contiene no implica por sí mismo la inexistencia de poderes no sometidos a control judicial, como a veces parecen sugerir ... sino que los mismos están constitucionalmente prohibidos.”<sup>28</sup>. Con esta aclaración, procedemos pues a explicar históricamente los antecedentes del principio en examen sin pretender extraer de este desarrollo ninguna justificación.*

El principio de legalidad surge en Francia<sup>29</sup> como reacción al principio monárquico, consagrando la exclusividad de la ley y, en consecuencia, del Legislativo para establecer normas generales, las mismas que además se constituyen en condición y límite de la acción del juez y la administración. También se suele hacer referencia, aunque con un grado menor de influencia, el esquema alemán, según el cual la ley tiene la función de limitar el poder del príncipe<sup>30</sup>.

Posteriormente, tanto en la medida en que la práctica exigía expedir normas con mayor rapidez, así como por el reconocimiento de la legitimidad democrática de los Jefes de Gobierno y, en consecuencia, de la Administración, se van consolidando técnicas jurídicas que paulatinamente van otorgando mayores facultades reglamentarias al Ejecutivo, en principio por delegación y luego en consideración a circunstancias excepcionales.

En este natural desarrollo, sin embargo, se suscitó una circunstancia excepcional en Francia, que pone en crisis todo el esquema. Así lo explican García de Enterría y Fernández: “... *pero esa excepción ha aparecido con la Constitución francesa de la V República (1958). Por un problema absolutamente peculiar de su evolución*

---

<sup>28</sup> Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica, en Revista Española de Derecho Administrativo No. 85, Madrid, Civitas, 1995, edición electrónica, p. 6.

<sup>29</sup> Cfr. Cassagne, ob. cit., p. 115-116 y García de Enterría y Fernández, ob. cit., p. 424-425.

<sup>30</sup> Cfr. Jaime Santofimio, ob. cit., pp. 379-380.

*constitucional, el del abuso de las técnicas de delegación legislativa y aun de plenos poderes en la fase final de la III República, que había determinado que la Constitución de la IV República (1946) prohibiese de manera expresa las delegaciones legislativas, hubo que arbitrar bajo el imperio de ésta una serie de técnicas más o menos artificiosas para asegurar la colaboración entre Ley y Reglamento que es inexcusable en las sociedades contemporáneas de forma que no se violase esa prohibición constitucional; son esas técnicas artificiosas y de complejidad creciente ('una especie de acrobacia pseudojurídica', dijo WALINE, uno de los técnicos responsables de la reforma), las que los redactores de la Constitución gaullista quisieron eliminar y para ello arbitraron un sistema absolutamente convencional y hasta entonces -como hemos dicho- rigurosamente inédito, el de repartir el campo normativo entre una materia de la Ley (que además está acotada en una lista limitativa, la que formula el art. 34) y el resto (a favor del cual juega, pues, el principio general: art. 37), que la Constitución reserva al Reglamento"<sup>31</sup>. Es decir, una inversión total de los principios, que tiene como antecedente una ortodoxia exacerbada e indiscriminada. En torno a esta circunstancia, se han ido generando, casi por contagio, teorías respecto de la reserva reglamentaria en países en que su respectiva Constitución no habilita tal planteamiento, como no lo hacen presente García de Enterría y Fernández<sup>32</sup> en España y Gordillo en Argentina<sup>33</sup>.*

No nos parece aceptable la teoría de la reserva reglamentaria ni de recibo para el Ecuador en consideración a nuestro derecho positivo. En definitiva por más que se atribuya una competencia reglamentaria específica, esta no puede enervar la facultad legislativa, que es por principio amplia e indeterminada, y que en cualquier momento puede regular la materia en la que concurra la potestad reglamentaria. Para el efecto de

---

<sup>31</sup> Cfr. ob. cit., p. 231.

<sup>32</sup> Cfr. ob. cit., p. 232.

<sup>33</sup> Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Octava edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VII-7 - VII-8, VII-12 - VII-14.

los gobiernos autónomos descentralizados debemos considerar que la Constitución (art. 240) expresamente les otorga facultades legislativas y que sus relaciones con la legislación nacional se rige por el principio de competencia y, que en consecuencia, en este caso no podemos hablar de una reserva reglamentaria de ningún tipo.

**2.4 Funciones teóricas del principio de legalidad.-** En primer lugar debemos descartar las justificaciones que se relacionan con ideas excluidas de nuestra definición del principio de legalidad. Así por ejemplo no puede justificarse el principio en función del mero respeto del ordenamiento jurídico: si el núcleo de la definición es la necesidad de una habilitación normativa (en términos generales y abstractos) previa, esta no tiene nada que ver con el mero cumplimiento de las reglas de Derecho. Tampoco procede acudir a argumentaciones que pongan el énfasis en la división de poderes o en la legitimidad democrática de los órganos legislativos, en la medida que nuestra noción de ley, como habilitante de la actuación administrativa, no se circunscribe a las disposiciones provenientes de dichas asambleas.

Debemos advertir que no encontramos en la doctrina consultada un desarrollo explícito sobre este tema<sup>34</sup>, por lo que la reconstrucción que sigue es más un planteamiento que la exposición o crítica de opiniones al uso de los tratadistas. Hecha esta limitación, encontramos las siguientes justificaciones del principio de legalidad administrativa:

**a) Garantía de la libertad individual:** Como en la formulación original de la teoría alemana de la reserva legal<sup>35</sup>, el principio de legalidad administrativa puede justificarse como una medida de protección de los derechos civiles o de primera generación y, más específicamente, de la libertad individual. Efectivamente, si se considera que la

---

<sup>34</sup> Una propuesta de explicación sobre esta desatención de la doctrina, por lo demás, general en todas las ramas jurídicas, lo encontramos en la primera parte del ensayo de Carlos María Cárcova, Acerca de las funciones del Derecho, en *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Primera edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 203-205.

<sup>35</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 233-234

actividad del Estado constituye uno de los principales riesgos de afectación de la autonomía personal, se garantiza esta, condicionando las intervenciones públicas al requisito formal de su habilitación previa en una norma general legitimante. En consecuencia, también constituiría una limitación al poder, específicamente al poder público. Si bien nos parece que esta es la parte fundamental de la justificación, no creemos que resulte suficiente para sostener al principio, puesto que no permite construir un argumento concluyente en torno a la necesidad de que se expidan normas de tipo general.

**b) Como garantía de igualdad formal:** Como se sabe las normas generales, representadas principalmente por la ley, tienen la virtualidad de establecer un cierto tipo de igualdad (denominada por esta misma razón, igualdad ante la ley), que se caracteriza por dar un mismo tratamiento a todos los individuos, sin considerar diferencias que no puedan ser establecidas como relevantes en términos de justicia. Esta característica permite correlacionar la pretensión de universalidad de las normas con relevancia ética y el Derecho, que si bien no se limita a regular los aspectos éticos de la vida social, como toda actividad humana se halla condicionada por ella. En definitiva, la generalidad se orienta a evitar discriminaciones particulares y por lo tanto se fundamenta en que las decisiones que se adopten en cada caso han de ser aplicaciones de criterios universales. Como crítica a esta función, podemos indicar que en razón de que el principio de legalidad administrativa no se refiere al contenido de las normas de conducta, ámbito en el cual la no discriminación juega un papel preponderante, colabora en menor medida a garantizar la igualdad de trato de todos los sujetos de Derecho.

**c) Como una garantía de la seguridad jurídica:** Relacionada con la función enunciada en la letra a) de este apartado, el contar con normas generales de habilitación para la actividad de jueces y agentes administrativos permite preveer, aunque sea de

modo aproximado, los efectos de los actos u omisiones de los individuos, y con ello, generar un espacio mínimo de seguridad en la interacción social. Por lo tanto, el principio de legalidad administrativo contribuiría a establecer un mínimo indispensable de estabilidad para los sujetos de Derecho ante el Estado. De igual forma que en el caso anterior, dado que el principio de legalidad administrativa constituye una garantía meramente formal, sólo puede formularse como una garantía débil de la seguridad jurídica y, en consecuencia, no puede justificar a cabalidad la regla de vinculación positiva. Además, como la igualdad formal siempre tiene incidencia en la seguridad jurídica debemos indicar que aquella siempre subordina a esta.

Concluyendo con una fórmula sintética que nos permita referirnos a todas las funciones identificadas del principio de legalidad administrativa, diremos que el principio se establece principalmente para garantizar la libertad individual, partiendo del supuesto de la igualdad formal de todos los individuos y aumentando el grado de seguridad jurídica en una sociedad.

### Capítulo III

## COMPARACIÓN ENTRE USOS Y JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ECUADOR

Una vez que se han expuesto los dos términos de la investigación, los usos pragmáticos del principio de legalidad, así como su teorización, es necesario confrontar ambos órdenes de ideas para poder replantearlos, como se pretende hacer en el siguiente capítulo.

Para cumplir este cometido, compararemos los usos reales que del principio realizan nuestros operadores jurídicos (haciendo referencia a la descripción del primer capítulo y, por lo tanto, sin repetirla) con sus presupuestos teóricos, en términos de congruencia, contradicción u omisión.

**3.1 Concordancia.-** Al confrontar los resultados de los dos capítulos precedentes, verificamos que en algunos casos, en el Ecuador sí se recogen los fines presupuestos teóricamente por el principio, con un sesgo importante, como lo veremos. Pero, también debemos indicar que la mayoría de los casos no se da esta congruencia, lo cual es un dato relevante. Examinemos pues, los casos de *sindéresis*:

a) Sobre aspectos puntuales: Sólo en dos casos concretos podemos identificar con claridad la acogida las justificaciones del principio, la resolución de amparo No. 0141-2006-RA y el oficio No. 01559 por el cual la Procuraduría absuelve una consulta que se le planteara. En el primer caso, se protegen los derechos de los funcionarios públicos al establecer que el Presidente de la República no tiene habilitación legal para dejar sin efectos los nombramientos de libre de nombramiento y remoción, cuya competencia corresponde a cada autoridad nominadora, según el caso. En el segundo caso, se analiza críticamente la habilitación que tiene un concejo municipal para autorizar la suscripción

de convenios interinstitucionales, lo cual garantiza la racionalidad de utilización del principio. En ambos casos se tiene en cuenta si la habilitación puede afectar la situación jurídica de algún sujeto de Derecho, por lo que pone de manifiesto una utilización del principio con una orientación garantista que nos parece encomiable.

b) Como una generalidad: Es destacable que, en cambio, en todos los libros de texto se hace referencia a esta justificación, explícitamente en los identificados en la letra b) del libro del Dr. Secaira y en la letra c) de los libros de los doctores Zavala Egas y Pérez Camacho. Sin embargo, y también en todos estos casos, no se cuestiona ni explica esta función del principio sino que sólo se la enuncia. Este dato pone de manifiesto que esta consideración fundamental del principio no es suficientemente atendida, lo cual puede ser explicado por cualquiera de estas dos alternativas: o su mención no cumple un rol efectivo en el discurso y es meramente retórica, o que, en general, en nuestros libros de texto se desatiende los aspectos valorativos y, en consecuencia, justificativos, y se pone el énfasis exclusivamente en el ámbito conceptual. Cualquiera de estas alternativas implica la existencia de problemas en la formación jurídica en el país. Con menos énfasis, en otros de los usos identificados en los libros de texto también se puede establecer coherencia entre estos y la justificación del principio, a saber, en el texto del Dr. Zavala en la letra a) y en el libro del Dr. Pérez en las letras d), i), k) y l), según la nomenclatura utilizada en el primer capítulo de esta tesis.

Concluyendo, pues, debemos indicar que en algunos casos sí existe congruencia pero más bien discursiva, enunciativa, antes que real y manifestada en casos prácticos.

**3.2 Incompatibilidad.-** Afortunadamente, en casi ningún caso encontramos contradicciones entre los usos reales del principio de legalidad respecto de los que teóricamente se pueden presuponer de este. Hay un único caso en el cual se verifica esta contradicción.

El caso en cuestión es el identificado en la letra e) del libro del Dr. Secaira. En este, se invoca el principio de legalidad para cuestionar la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo para conocer de las causas derivadas por la inexecución de los actos administrativos resultantes del silencio administrativo positivo. Más allá de ciertas discrepancias puntuales con los presupuestos de la crítica, como por ejemplo el alcance de las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa y el rol que se le asigna al derecho a la tutela judicial (tutela que constitucionalmente debe ser además gratuita, efectiva, imparcial y expedita, artículo 75), debemos indicar que el uso específico del principio se orientó a cuestionar una vía judicial para que los administrados hagan valer su derecho constitucional de petición, o más específicamente, de acción procesal. Nótese, en consecuencia, que el planteamiento del caso no tendía a la protección de ningún derecho sino que podía implicar su conculcación. Como lo indicáramos en el capítulo primero, la posición del autor se expresa de modo muy discreto y sutil, por lo que no cabe realizar un reproche frontal a la posición (de suyo está implícito que no cabe ninguna crítica a la persona que formula la opinión) sino un riesgo implícito: todo norma o principio por más garantista que sea, en sí mismo o en relación a los móviles que lo impulsan, no puede asegurar que su aplicación irrestricta lleve a realizar la justicia del caso, por lo que es necesario aplicar un test de razonabilidad a los fundamentos jurídicos de toda decisión pública (no sólo a la administrativa sino también a la judicial o legislativa), esto en el marco de un estado de derecho (o más aún de derechos y justicia) que no se caracteriza por la ciega sumisión a las normas sino por constituir una instancia de racionalidad en el discurso social (en la parte final de esta tesis, volveremos sobre este asunto).

**3.3 Funciones no enunciadas por la teoría.-** Todos los demás casos, es decir, la indiscutible mayoría, pueden encasillarse en la presente categoría, es decir, que utilizan

el principio para funciones distintas a las que la teoría presupone. Esto no supone de por sí la existencia de un problema significativo, puesto que la correspondencia perfecta únicamente se daría en un mundo ideal. Exige eso sí, la explicitación de estas funciones para que sean evaluadas críticamente. Si se llegare a identificar un problema real, se genera a su vez la siguiente disyuntiva: ¿Se debe replantear la teoría o reconducir la práctica? A continuación enumeramos los diferentes tipos de inconexión entre teoría y práctica, los examinaremos someramente y delinearemos las posibles alternativas de cobertura o solución, las que, sin embargo, se concretarán en el siguiente capítulo.

a) Como fundamento de otras instituciones del Derecho Administrativo: En los libros de texto se otorga al principio de legalidad un rol estructurador de las demás instituciones del Derecho Administrativo. Si bien la pretensión de vincular instituciones jurídicas es loable, en la medida que se orienta a una mayor sistematización de la teoría, no creemos que los logros obtenidos sean significativos. Efectivamente, no se logra justificar que el principio de legalidad sea el rasgo distintivo del Derecho Administrativo (parece aplicable a todo el Derecho Público e inclusive a ciertas instituciones privadas como la patria potestad, las curadurías, etc.), que fundamente una mayor propensión de la actividad reglada sobre la administrativa, que justifique la autotutela administrativa, que constituya un límite a las deslegalizaciones o que se relacione siquiera con la *publicatio* de los servicios públicos. Inclusive en el caso en que la derivación es correcta, esto es la prohibición de interpretación analógica, se comete el error de universalizarla e indicar que dicha regla es aplicable en todo el Derecho Administrativo cuando únicamente sería pertinente para tratar temas de competencia. Los casos en que se ha verificado estos usos son: los identificados con las letras a), b), g) y j) del texto del Dr. Pérez, las letras b) y e) del libro del Dr. Zavala y las letras d) y e) del Dr. Secaira. Como se ve este uso es intensivo, lo que nos hace suponer que existe una razón de fondo para estas

confusiones. Muy posiblemente estas se deban al carácter de principio que se atribuye al de vinculación positiva, hecho que deberá ser tomado en cuenta en el siguiente capítulo.

b) Como expresión del sometimiento de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico: Si buena parte de la doctrina, como lo comprobáramos en el capítulo anterior, confunde el principio de legalidad, esto es la habilitación por norma general de las actividades de la administración, con el mero sometimiento al ordenamiento jurídico general, lógico es pensar que dicha confusión se reproduce en la práctica, y esto efectivamente se comprueba en esta investigación. Según lo expuesto en las letra a) del libro del Dr. Secaira, d) del Dr. Zavala y f) del Dr. Pérez en estos casos se utiliza el principio precisamente para cumplir con el fin descrito. También en la resolución de amparo No. 0599-2006-RA se aplica el principio para este fin, al igual que en la sentencia 198-06. Si bien se ha detectado una incorrección por esta utilización no creemos que sea grave en la medida que es compartido por la gran mayoría de la doctrina.

c) Uso retórico: En los siguientes casos se utiliza el principio únicamente para otorgar mayor fuerza persuasiva al discurso, sin que su utilización o no, sea relevante para la toma de la decisión: sentencia 200-06 y resolución No. 0524-2006-RA. Como se ve los casos se refieren a la actividad judicial y a mi entender, se explican en razón del prestigio del que goza el principio de legalidad, principalmente por ser catalogado como tal, es decir, por considerárselo un principio. En consideración a este mismo punto podemos establecer una relación entre esta función utilizada por la jurisprudencia- y la fundamentación de instituciones del Derecho Administrativo -que, como se comprobó, se utiliza mucho en los libros de texto-. Efectivamente la invocación del principio de legalidad parece otorgar mayor respaldo a cualquier tipo discurso, académico o judicial y paradójicamente su uso recurrente por los operadores puede lleva a su devaluación.

d) Uso formalista: Todos los demás casos se pueden reconducir a este tipo de utilización. Por ella entendemos que se usa el principio para interpretar las normas literalmente (la interdicción de interpretación analógica respecto de la competencia no implica que la única forma de interpretación válida sea la literal), que se simplifica el análisis invocando el principio para no considerar el fondo de la cuestión sujeta a análisis y que se usa dogmáticamente del Derecho sin ninguna justificación de la razonabilidad de las decisiones a adoptar. Es relevante indicar que la mayoría de estos casos correspondan a las absoluciones de consultas por la Procuraduría General del Estado a lo que se suma la estructura formal de estos mismos instrumentos, que pone de relieve aún más su inclinación formalista: el razonamiento se circunscribe a la cita de ciertas normas jurídicas, para concluir inmediatamente, sin mediación de ningún otro elemento, como si no existiese más que subsunción y como si esta no fuere problemática.

Los ejemplos más paradigmáticos en esta materia son el oficio No. 01327 y la referencia constante en la letra h) del Dr. Pérez que también se relaciona a una absolución de consulta de la Procuraduría. En ambos casos, no obstante existir una norma de rango legal que habilita, en general, a todas las instituciones públicas a la realización de ciertas actividades (adquirir inmuebles o constituir compañías anónimas) se exige como requisito adicional que en la ley especial que rige a estas instituciones públicas (juntas parroquiales y consejos provinciales) se atribuya expresamente la referida competencia. Inclusive en el caso de la junta parroquial se reconoce explícitamente la necesidad de actuar, pero como consecuencia del uso irreflexivo el principio de legalidad se llega a la absurda conclusión de sugerir que dicha adquisición se realice por intermedio de la Municipalidad. En este caso, nos preguntamos: ¿Para qué

tanta complicación? ¿Qué utilidad reporta? ¿Existe algún beneficio para algún ciudadano por esta interpretación? No logro imaginar ninguno.

Las principales conclusiones que derivamos del presente capítulo, son las siguientes: No hay mayor contradicción entre los usos prácticos y la justificación teórica del principio de legalidad administrativa, pero tampoco una coherencia sostenida entre estos dos órdenes. Si bien en algunos casos esta falta de correspondencia es comprensible o inofensiva, también se comprueba un uso formalista ampliamente extendido y preocupante. Algunas imprecisiones teóricas (como la confusión del principio con el mero sometimiento a Derecho) así como la consideración de la regla de vinculación positiva como un principio, coadyuvan al desarrollo de las prácticas formalistas.

## Capítulo IV

### CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA: SUS ROLES Y LÍMITES

Llegamos a la parte final de esta tesis, en la que pretendemos reexaminar o, si el caso lo amerita, replantear el principio de legalidad administrativa y sus características, además de explorar sus límites y los valores que están en juego o tensión en su desarrollo.

4.1 **¿Se debe mantener el principio de legalidad?.**- Un primer problema que debemos abordar, a pesar de que nos suene radical, es acerca de si se debe mantener el principio de legalidad. Efectivamente, si conceptualmente hemos encontrado en la teoría muchas divergencias y errores evidentes (pensemos por ejemplo la identificación del principio con la mera sujeción al ordenamiento jurídico) y si en la práctica su aplicación genera problemas, uno de los cuales nos parece grave (el formalismo), además de que sus raíces históricas son bastante antiguas y buscan garantizar un único tipo de derechos fundamentales, los de primera generación: ¿No es conveniente prescindir de la regla de la vinculación positiva?

Antes de contestar, abordemos la última objeción. La adopción de nuevos derechos, especialmente constitucionales (sociales, colectivos, etc.), o inclusive de nuevos modelos de Estado (de derecho, social de derecho, constitucional de derechos y justicia, etc.) no implican el abandono de las conquistas previas de la sociedad. Efectivamente, nos parece inadmisibles plantear de un modo disyuntivo dichos derechos y modelos de organización, de tal forma que los unos excluyan a los otros. Si efectivamente buscamos un progreso en la convivencia humana (que tal vez sea utópico pero que es un imprescindible estímulo vital) este supone ir sumando nuevos elementos

al actual estado de cosas y encontrando un nuevo punto de equilibrio que no soslaye sino que interactúe con los antiguos. Inclusive las instituciones que suponen una cierta representación o simulación (por ejemplo la representatividad o la participación) en la medida en que su simbolismo es eficaz suponen un valor a precautelar (siguiendo el ejemplo de representatividad y participación, el valor es el del autogobierno o democracia<sup>36</sup>). En el asunto sometido a nuestro análisis, el reconocimiento de que el principio de legalidad administrativa supone una garantía de unos de los más antiguos derechos fundamentales, la libertad y la igualdad formal, no significa ningún demérito para la institución sino que más bien configura un reto en su conservación armónica con los nuevos derechos.

Finalmente, y como ya se lo ha indicado, el principio supone una garantía del individuo que, por lo tanto, debe mantenerse. Ni los más feroces críticos del principio propugnan su eliminación sino solamente su modulación<sup>37</sup>. Se abre entonces el reto: ¿Cómo debe formularse la regla de habilitación previa del accionar de la administración pública?

**4.2 ¿Deben mantenerse los caracteres del principio de legalidad?.-** Lo que nos preguntamos en este momento es si es conveniente mantener los caracteres generalmente aceptados de la regla de vinculación positiva de la Administración: esto es, su condición de principio, su consagración constitucional y su papel de rasgo diferenciador del Derecho Público.

a) ¿Principio?: No utilizaremos en este trabajo la distinción de moda entre reglas y principios, según la cual las primeras deben aplicarse irrestrictamente, en tanto que los

---

<sup>36</sup> Cfr. Fernando Savater, *Política para Amador*, en *Pensamientos arriesgados*, Primera edición. Madrid, La Esfera de los Libros, 2002, pp. 141-143.

<sup>37</sup> Cfr. Luciano Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Segunda edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, pp. 121-131 y Rolando Pantoja Bauzá, *El Derecho Administrativo (Clasicismo y modernidad)*, Primera edición, Santiago, Jurídica de Chile, 1994, pp. 212-217.

segundos sólo en la mayor medida posible<sup>38</sup> (ni su antecedente inmediato, es decir, la teorización de Dworkin) pues bajo este criterio resulta que la regla tiene prioridad sobre el principio, lo que contradice el uso común que damos a estos términos y que se pretende reconstruir mínimamente a continuación. Entiendo por regla a la norma jurídica hipotética, es decir, que considera ciertos supuestos de hecho, y por principio, a la norma jurídica categórica, esto es, aquella que sería aplicable en cualquier caso o supuesto. La ventaja de esta caracterización es que pone de relieve dos nociones comunes respecto de la regla y el principio, esto es, que el segundo tiene mayor rango o importancia que el primero pero que al coexistir con otros principios debe justificarse su primacía respecto de ellos en un caso concreto para ser aplicado.

Con este antecedente: ¿El requisito de habilitación previa por norma general para la actuación de un órgano del poder público, es un principio o una regla? Depende del ámbito en el que se lo formule. Si el contexto se refiere a la competencia (de cualquier tipo), sí es un principio, pero en contextos más amplios no lo es. Podría, por lo tanto, prescindirse de la noción de principio cuando nos refiramos a la necesidad de habilitación general y previa en el Derecho Público o el Administrativo, pues esta sólo es relevante en relación a la competencia.

Sin embargo, bajo el criterio utilizado, casi ninguna norma podría considerarse como un principio y finalmente la distinción realizada no es más que terminológica, aun cuando podría tener connotaciones interesantes. Nuestra posición, en definitiva, es que la habilitación previa no constituye un principio de Derecho Público o Administrativo (aprovechamos la oportunidad para reiterar nuestra tesis de que el Derecho Administrativo es el Derecho Público General, es decir, el que no se ha especializado,

---

<sup>38</sup> Cfr. Robert Alexy, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, en *Doxa No. 5*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 143-144.

de manera similar al papel que cumple el Derecho Civil para el Derecho Privado), aun cuando estamos concientes que esta variación es denotativamente intrascendente.

b) ¿De rango constitucional?: Al igual que la ley, entendemos que no hay norma general y abstracta que no pueda ser consagrada a nivel constitucional. Pero el tema que estamos abordando aquí no está vinculado con el ámbito de lo posible sino con el de lo conveniente, lo cual significa que el problema sigue abierto. Además es necesario advertir que otorgar rango constitucional a una norma tiene implicaciones que superan el alcance del presente trabajo. Prescindiendo pues, de algunos aspectos relevantes, queremos centrar nuestra atención en la necesidad formal o no de que la regla de la vinculación positiva ostente el mayor rango del ordenamiento.

El criterio pertinente, a nuestro entender, es comprobar si el destinatario de la norma es el legislador o no, pues sólo en el primer caso es útil su constitucionalización. La norma de la habilitación previa por norma general se dirige a todo sujeto de derecho que reclama para sí una competencia, es decir, que ejercita una potestad pública. Como la legislativa también es una potestad pública, creemos justificada la constitucionalización de la norma que estamos estudiando.

c) ¿Distintivo del Derecho Público?: De entre todos los criterios que se han propuesto para distinguir el Derecho Público del Privado, me parece que la más rigurosa es la que diferencia las relaciones de subordinación -que correspondería al primero- de las relaciones de coordinación -propias del segundo-. Este criterio, sin embargo, no puede ser aplicado sin matices, puesto que supone que algunos actos de los entes públicos se rigen por el Derecho Privado (por ejemplo, los contratos como tales) y que ciertos actos entre particulares (por ejemplo la patria potestad) se rigen por las normas del Derecho Público (esto sin embargo, no debería significar que el ente público actúe como un sujeto de Derecho Privado o que se alteren las reglas generales de competencia que

atribuyen a la jurisdicción contenciosa administrativa el conocimiento de todas las causas derivadas de la actuación u omisión de los entes públicos, a contrario sensu de lo afirmado en la sentencia 202-06 y similares, mencionadas en el Anexo No. 1 de esta tesis). No debemos desatender sin embargo que la mayoría de las normas que debe considerar un ente público corresponden al Derecho Público y de igual forma que la mayoría de las normas que deben ser consideradas por los particulares corresponden al Derecho Privado. Como primera conclusión pues, debemos afirmar, que la regla habilitación previa por norma abstracta es general en el Derecho Público aun cuando no sea de aplicación universal. La segunda conclusión es que por su mero carácter general no se la puede utilizar como criterio distintivo entre las dos ramas jurídicas mencionadas (que por lo demás no deberían considerarse como dos órdenes separados pues el Derecho Privado tiene el carácter de derecho ordinario respecto de cualquier otro, inclusive el Público) aun cuando puede ser un buen indicio para ello.

**4.3 Sobre los límites de la norma de habilitación previa.-** Por principio, se ha de entender que cualquier institución jurídica ha de contar con presupuestos para su aplicación, fuera de los cuales no es procedente su invocación. Exploramos pues los límites del denominado principio de legalidad:

a) Únicamente corresponde a potestades: Antes de explorar el límite propiamente dicho, es conveniente que consideremos el significado de potestad (por cierto la noción se aplica a facultades, competencias, atribuciones, deberes, etc., es decir con prescindencia de la palabra empleada). Para el efecto citamos a García de Enterría y Fernández: *“La potestad articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de*

*cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones*”<sup>39</sup>.

La noción de potestad, por lo tanto, se distingue perfectamente del derecho subjetivo y de cualquier situación jurídica pasiva. Pues bien, si el llamado principio de legalidad se justifica como una garantía de la libertad individual y de igualdad ante la ley, de esto podemos deducir que únicamente opera ante las potestades y no ante el ejercicio de cualquier derecho subjetivo o de reglas de organización general que no se refieran a la relación entre administración y servidores públicos o usuarios. En consecuencia, no es aplicable respecto de las obligaciones originadas en contratos (aun cuando aquí la situación se complica un poco por cuanto el ordenamiento también prevé el ejercicio de potestades con ocasión de un contrato celebrado por una entidad pública, como por ejemplo la declaración de terminación unilateral). Esta es una muy importante limitación que permite configurar el alcance mismo de la norma de habilitación general y previa, que estamos examinando. Por lo tanto, la definición de la regla de habilitación originalmente propuesta debe corregirse en este sentido, es decir, no refiriéndose en términos generales a la actividad de la administración, sino únicamente al ejercicio de sus potestades.

b) Existen poderes implícitos: La oración inicial del último inciso del artículo 18 de la Ley de Modernización y el artículo 86 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva reconocen la existencia de facultades implícitas de los órganos del Estado, como además lo exige la racionalidad. En caso contrario ciertos órganos que por su naturaleza y función deban ejercer una atribución que no esté detalladamente descrita en una norma general estarían impedidos de actuar con todos los efectos dañosos que de ello se pudieran derivar. Estas normas precisamente vedan la introducción d cualquier tipo de formalismo en el tema de nuestro estudio. Esta idea es

---

<sup>39</sup> Cfr. ob. cit., p. 436.

generalmente aceptada por los autores<sup>40</sup>, entre los cuales, además se relaciona esta noción de la especialidad propia de cualquier ente colectivo, ya sea de Derecho Público o Privado<sup>41</sup>. Parejo Alfonso<sup>42</sup> nos da cuenta de la teoría alemana de la esencialidad que nos parece excesivamente recargada o barroca (otro de los malabares a los que se referían García de Enterría y Fernández en una cita previa) y que puede ser eficientemente reemplazada por una consideración del principio de legalidad que no lo identifique como reserva de ley formal.

c) ¿Los derechos sociales?: Parejo Alfonso plantea esta cuestión en los siguientes términos: *“El esfuerzo principal de la doctrina (aquí como afuera, pero aquí más aún si cabe que afuera) se ha concentrado en la deficiente vigencia del principio de legalidad en el ámbito de la acción administrativa prestacional, desviando así la atención sobre el verdadero problema: la Administración está para responder y atender satisfactoriamente las necesidades reales de los ciudadanos y de este tipo de Administración (que es el tipo ideal al que debe tenderse y no el de la Administración jurídicamente perfecta, aunque ambos no sean contradictorios ni necesariamente excluyentes) no es susceptible de regulación acabada -en los términos del clásico principio de Estado de Derecho-, de ser encuadrada dogmáticamente en la categoría de simple ejecución objetivo-jurídica de la Ley.”*<sup>43</sup>. Inclusive Escuín Palop, siguiendo la línea de Santamaría Pastor afirma *“... si la actuación administrativa beneficia a los ciudadanos o no les afecta, su realización es posible, siempre que no viole el ordenamiento jurídico.”*<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. por ejemplo García de Enterría y Fernández, ob. cit., pp. 440-441 y Martín Mateo, ob. cit. p. 96.

<sup>41</sup> Cfr. Julio Comadira, *Derecho Administrativo*, Segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 14.

<sup>42</sup> Cfr. ob. cit., pp. 123-125, y la nota 27 constante en la páginas 184-187.

<sup>43</sup> Cfr. ob. cit., pp. 126-127.

<sup>44</sup> Cfr. ob. cit., p. 89.

Sobre estos planteamientos debemos reconocer, en principio, que las preocupaciones expresadas son fundadas, especialmente por la práctica formalista de nuestros países y a la que ya nos hemos referido ampliamente en los capítulos primero y tercero de esta tesis. Sin embargo, creemos que la vía de solución es presentar alternativas y límites de razonabilidad a la regla de habilitación previa, como se ha pretendido en esta tesis pero guardando coherencia teórica. Y es que creemos que la propuesta de Escuín Palop no puede sostenerse. Un principio a favor, como el propuesto, (pro administrado) no es aplicable ante una potestad con amplio margen de gestión, puesto que puede afectar derechos de terceros o de interesados o inclusive de la colectividad. El recurrir a un principio pro administrado en este campo significaría para nosotros una rendición. Concluyendo, debemos indicar que los derechos sociales no suponen un límite a la regla de habilitación previa, pues al suponer el ejercicio de una potestad tienen la misma estructura que cualquier otro poder y como tal debe estar razonablemente limitado.

**4.4 Sobre los valores en tensión.-** Muchas de las discusiones jurídicas suelen encubrir enfrentamientos políticos o éticos, -valorativos en fin- que no se explicitan, por lo que se suele calificar de ideológica a la tarea del Derecho. Esto suele ser cierto pero no creo que se solucione abdicando de la discusión jurídica sino enriqueciéndola al explicitar los valores en conflicto. En el caso, los valores en lucha que yo identifico son los de eficacia en la actividad administrativa y de seguridad individual. Y esta tesis no es más que un intento más de equilibrar las fuerzas en tensión, rechazando frontalmente el formalismo. La idea última ha sido la de contribuir a una consolidación del Estado de Derecho en los términos en los que lo define Atienza: *“Tal y como yo veo las cosas, el Estado democrático de Derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. El Derecho es precisamente*

*el instrumento -o uno de los instrumentos- de racionalización del poder. Esa idea tiene como necesaria consecuencia que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico ... de acuerdo con el discurso práctico general... Su presupuesto, obviamente, es una concepción suficientemente amplia de la razón, o sea, el postulado de que la razón no es únicamente razón instrumental o estratégica, sino también razón respecto de los fines, razón práctica.”<sup>45</sup>*

---

<sup>45</sup> Cfr. ob. cit., pp. 9-10.

## CONCLUSIONES

- 1) El principio de legalidad administrativa se ha utilizado esporádicamente en las decisiones judiciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Constitucional y se utiliza con mayor frecuencia, aun implícitamente, en los libros de texto y en las absoluciones de consulta de la Procuraduría General del Estado.
- 2) No se reconoce una línea orientadora única en el uso del principio de legalidad administrativa, pero sí de ciertas líneas generales que permiten ser integradas.
- 3) El principio de legalidad administrativa no implica un mero sometimiento de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico.
- 4) El principio de legalidad administrativa supone la necesidad de una norma habilitante previa a la actuación administrativa.
- 5) La norma jurídica previa debe ser general y abstracta pero no necesariamente una ley formal. En Derecho Administrativo el principio de legalidad no supone una reserva legal.
- 6) El principio de legalidad administrativa puede definirse como la exigencia de que una norma general y abstracta habilite el ejercicio de cada potestad que ejerza un ente administrativo.
- 7) Históricamente, el principio de legalidad administrativa se instaura tras la revolución francesa, se ha ido modulando paulatinamente y en algunos ordenamientos ha producido como reacción la reserva reglamentaria que es absolutamente inaceptable.

- 8) Las funciones que cabe atribuir al principio de legalidad administrativa son: garantizar la libertad individual y la igualdad formal, fortaleciendo la seguridad jurídica.
- 9) Existen ciertos casos en que se verifica congruencia entre los presupuestos teóricos del principio de legalidad administrativa y sus usos efectivos, especialmente en los libros de texto.
- 10) Solo se identifica un caso de contradicción entre los fines y los usos del principio de legalidad administrativa.
- 11) En general hay muchos usos injustificados teóricamente y que pueden calificarse como errores o usos persuasivos o retóricos.
- 12) Existe un preocupante uso formalista del principio de legalidad administrativa, especialmente por la Procuraduría General del Estado al absolver las consultas que se le plantean.
- 13) Por su carácter garantista, debe mantenerse el principio de legalidad administrativa.
- 14) No debería considerarse a la regla de habilitación general y previa como un principio jurídico.
- 15) Es conveniente que la regla de habilitación general y previa esté constitucionalmente consagrada.
- 16) La regla de habilitación general y previa no permite distinguir al Derecho Público o al Derecho Administrativo.
- 17) La regla de habilitación general y previa únicamente debe aplicarse respecto de potestades.
- 18) La regla de habilitación general y previa no excluye la posibilidad de que existan potestades implícitas.

- 19) Los derechos sociales no se someten a un régimen distinto en lo que respecta a la regla de habilitación general y previa.
- 20) Los valores en conflicto en la teoría de la regla de habilitación general y previa son los de eficacia administrativa y seguridad individual.

## BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Tercera reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1998.

Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa* No. 5, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Atienza, Manuel, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 85, Madrid, Civitas, 1995, edición electrónica.

Brewer Carías, Allan, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Cárcova, Carlos María, “Acerca de las funciones del Derecho”, en *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Primera edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Primera edición, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Comadira, Julio, *Derecho Administrativo*, Segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I/1, Decimotercera edición, Madrid, Tecnos, 1999.

Escuín Palop, Vicente, *Elementos de Derecho Público*, Tercera edición, Madrid, Tecnos, 2003.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava edición, Madrid, Civitas, 1998.

Garrido Falla, Fernando (con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González) *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Decimocuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Octava edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Novena edición, México, Porrúa, 1997.

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Vigésima primera edición, Madrid, Trivium, 2002.

Montaño Galarza, César “Los principios constitucionales tributarios de legalidad y de reserva de ley en el Ecuador”, en Revista Fiscalidad No. 2, Quito, Servicio de Rentas Internas, 2008.

Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo (Clasicismo y modernidad)*, Primera edición, Santiago, Jurídica de Chile, 1994.

Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Segunda edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.

Pérez Camacho, Efraín, *Derecho Administrativo*, Tomos I y II, Primera edición, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.

Santofimio, Jaime, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Savater, Fernando, “Política para Amador”, en *Pensamientos arriesgados*, Primera edición. Madrid, La Esfera de los Libros, 2002.

Secaira, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Primera edición, Quito, Universitaria, 2004.

Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Primera edición, Bogotá, Temis, 1997.

Zavala Egas, Jorge, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Primera edición, Guayaquil, Edino, 2005.

Zavala Egas, Jorge, *Introducción al Derecho Administrativo*, Primera edición, Guayaquil, Edino, 2003.

**Anexo No. 1**  
**SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**REVISADAS EN LA PRESENTE TESIS**

<b>Fallo</b>	<b>R.O.</b>	<b>Referencia</b>	<b>Objeto - Observaciones</b>
120-06	23, 15-II	---	Nueva revisión de prueba, recurso mal planteado
140-06	23, 15-II	---	Agotamiento de la vía administrativa en la Junta de Reclamaciones
146-06	23, 15-II	---	Uso legítimo de marca. Prueba de cargos contra la sentencia
181-06	23, 15-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
183-06	24,16-II	---	Silencio administrativo, prueba sin certificación, validez, lesividad para dejar sin efecto el acto
184-06	24,16-II	---	Caducidad de la acción de plena jurisdicción. Notificación
185-06	24,16-II	---	Casación: errores de hecho o formales, insuficiente fundamentación
187-06	24,16-II	---	Igualdad de marcas de diferentes clases no impide su registro
188-06	24,16-II	---	Por casación no se puede volver a valorar las pruebas presentadas
189-06	24,16-II	---	Fundamentación de la casación, aplicación de la ley procesal en el tiempo, citación, aplicación del art. 17 Ley de Compañías, reconvención-resolución-mora,
190-06	25, 21-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
191-06	25, 21-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
192-06	25, 21-II	---	Legitimación en el proceso; casación y conflicto de competencia previo (TRIBASA COLISA)
194-06	25, 21-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
195-06	26, 22-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
196-06	26, 22-II	---	Recurso mal fundamentado; carga de la prueba no es norma sobre su valoración
197-06	26, 22-II	---	Anulación de la adjudicación del INDA; indebida fundamentación de la casación
198-06	26, 22-II	Referido en fundamentación del recurso y resuelto ligeramente	Supresión de puestos en CEDEGE. Falta de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 928, relacionado con el procedimiento para la supresión de los cargos de los actores; y del Decreto Ejecutivo No. 41

200-06	26, 22-II	No cabe interpretación extensiva de 212 de Constitución	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer de demandas entre el IESS y proveedores de fármacos
202-06	26, 22-II	Doctrinariamente se sostiene que el Estado y las entidades del sector público, para el cumplimiento de sus fines, en ejercicio de sus facultades, actúan unas veces como sujetos de derecho privado y otras, en la mayoría de casos, como sujetos de derecho público. Por tanto, los conflictos del Estado con los particulares, sobre asuntos derivados de sus relaciones de derecho privado, deben ser sometidos a los jueces y tribunales de lo Civil, y los que se generan por su actuación como sujetos de derecho público, a los tribunales de lo Contencioso Administrativo. <u>(en adelante: ref:)</u>	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
205-06	26, 22-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución

206-06	27, 23-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
207-06	27, 23-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
208-06	27, 23-II	---	Falta de prueba del servidor municipal de carrera: falta de certificación del Dirección Nacional de Personal y falta de impugnación ante la Junta de Reclamaciones
209-06	27, 23-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
210-06	27, 23-II	---	Impugnación de decisiones de Superintendencia de Compañías, nulidad y silencio administrativo
211-06	27, 23-II	---	Demanda de nulidad de la escritura pública de donación d un inmueble entre entidades públicas por derecho de una tercera entidad. Seguridad jurídica
212-06	27, 23-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
213-06	28, 26-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
214-06	28, 26-II	---	No es necesario agotar la vía administrativa ante la Junta de Reclamaciones para impugnar destitución de funcionario de carrera: tutela judicial efectiva.
215-06	28, 26-II	---	Demandado en lo contencioso administrativo. Competencia. Silencio administrativo: demanda de la propia entidad, primacía de plazo legal sobre el previsto en el ERJAFE. Cargos de dirección política administrativa.
216-06	28, 26-II	---	Incumplimiento de término para dictar sentencia. Restitución del Director Administrativo de una municipalidad hasta el lapso que falte para completar el período. Prueba de daños y perjuicios
217-06	28, 26-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas

			por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
218-06	28, 26-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
219-06	28, 26-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
220-06	29, 27-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
221-06	29, 27-II	---	Legitimación pasiva de una Municipalidad. Despido, dolo y culpa grave
222-06	29, 27-II	---	Ilegitimidad de personería: Procuración judicial de quien no es abogado
223-06	29, 27-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
224-06	29, 27-II	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
225-06	29, 27-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
226-06	29, 27-II	---	Impugnación administrativa fuera de término. Correcta motivación de la sentencia
227-06	29, 27-II	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
229-06	29, 27-II	---	Autoridad nominadora y competencia para destituir. Carga de la prueba y presunción de la legitimidad de los actos administrativos
230-06	48, 22-III	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
231-06	48, 22-III	---	Jubilación por invalidez. Motivación: incluida en el acto o remisión expresa en él.
232-06	48, 22-III	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
233-06	48, 22-III	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
235-06	48, 22-III	---	Inhabilidad para ejercer cargo público: pertinencia de alegación, prueba
236-06	48-22-III	---	Prueba: instrumento público, sana crítica.

			Violación de trámite. Caducidad de la acción de plena jurisdicción
237-06	48, 22-III	---	Silencio administrativo positivo: No opera en materia contractual. Motivación: cabe la referencia a otra documentación
239-06	49, 23-III	ref:	Competencia de los tribunales distritales de lo contencioso para conocer demandas por responsabilidad estatal previstas en el Art. 20 de la Constitución
243-06	49, 23-III	---	Concurso público para provisión de cargos de tecnólogos médicos: su falta no habilita la emisión de nombramientos provisionales, no implica la no aplicación de la LOSCCA. Necesidad de debido proceso: sumario administrativo. Regla sobre el método de valoración de la prueba no es regla sobre valoración de la prueba. Indebida destitución no genera derecho a pago de las remuneraciones cuando no se acreditó que el servidor sea de carrera
244-06	49, 23-III	---	Sumario administrativo y desistimiento de ofendido. Motivación.
246-06	49, 23-III	---	Legitimidad de personería pasiva: si comparece el representante legal puedo también comparecer el órgano que emitió el acto. Motivación de la aplicación de las normas de responsabilidad patronal en un caso de afiliación voluntaria. La norma que establece el método de valoración de la prueba no es una regla sobre valoración de la prueba
250-06	49, 23-III	---	La disposición general segunda de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas no permite demandar el reingreso a una institución pública. Sentencia incongruente o incompleta. Ilegal destitución de un servidor público
251-06	49, 23-III	---	No cabe pago de remuneraciones al servidor que no ha comprobado ser de carrera. Derechos adquiridos de servidores del IESS
252-06	50, 26-III	---	Proporcionalidad entre infracciones y sanciones
256-06	50, 26-III	---	Competencia de los tribunales distritales para conocer de la impugnación de la supresión de puestos de servidores que no son de carrera. Inaplicabilidad del Art. 337 del Código de Procedimiento Civil ante la CSJ

258-06	50, 26-III	---	Potestad discrecional: cabe su impugnación judicial en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, Art. 196 de la Constitución y 38 de la Ley de Modernización. Casación y normas sobre valoración de la prueba. Principio de jerarquía normativa. Irretroactividad de decisiones judiciales que declaran la ilegalidad de los actos administrativos
259-06	50, 26-III	---	Violación al derecho a la seguridad jurídica no puede alegarse aisladamente. Art. 249 de la Constitución: intangibilidad de los contratos con delegatarias que prestan servicios públicos
261-06	50, 26-III	---	No cabe alegar prescripción en casación si ello no fue materia de la litis
262-06	50, 26-III	---	Casación en fase de ejecución de la sentencia, de considerar el fallo de casación. Normas procesales sobre peritaje. Derechos adquiridos en el IESS
266-06	51, 27-III	---	Calificación del recurso como objetivo o subjetivo. Legitimidad de personería pasiva. Sentencia y traba de la litis. Fundamentación del recurso de casación.
267-06	51, 27-III	---	Inaplicabilidad de las normas de caducidad de auditoría externa de la Contraloría en la realización de una auditoría interna. Caducidad de los derechos de los servidores públicos
268-06	51, 27-III	---	No cabe pago de remuneraciones por ilegal destitución de un funcionario que no ha acreditado ser de carrera.
270-06	51, 27-III	---	Fundamentación del recurso de casación. Valoración de la prueba.
271-06	51, 27-III	---	Término de caducidad para la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción- Principios de la nulidad procesal: especificidad y trascendencia; para que sea invocable en casación. Fundamentación de la casación. Congruencia de la sentencia
272-06	51, 27-III	---	Procuración judicial a persona jurídica: Se convalida el proceso si con posterioridad participa y ratifica la actuación el mandante
274-06	51, 27-III	---	Fundamentación de casación. Valoración de la prueba
275-06	51, 27-III	---	Debido proceso: hechos que no lo afectan.
137-06	65, 17-IV	---	No puede interponer recurso de casación el abogado defensor que no lo hace a

			ruego de la parte interesado
138-06	65, 17-IV	---	Legitimidad de personería pasiva: El SECAP cuenta con personalidad jurídica propia. Legítima destitución de un funcionario público, ratificación de resolución de Junta de Reclamaciones
142-06	65, 17-IV	---	Fundamentación de la casación. Valoración de la prueba
143-06	65, 17-IV	---	Fundamentación de casación. Valoración de la prueba
144-06	65, 17-IV	---	Igualdad, seguridad jurídica y debido proceso. Condición resolutoria de una donación
145-06	65, 17-IV	---	Caducidad de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción. Calificación de una acción como subjetiva u objetiva
147-06	65, 17-IV	---	Prescripción del derecho a solicitar una reliquidación por destitución
148-06	65, 17-IV	---	Fundamentación de casación. Valoración de la prueba
149-06	65, 17-IV	---	Fundamentación de casación. Valoración de la prueba
150-06	65, 17-IV	---	Casos en los que cabe el pago de remuneraciones por indebida destitución de un funcionario público: al ser de carrera y por nulidad del acto de destitución
151-06	65, 17-IV	---	Fundamentación de casación. Valoración de la prueba
152-06	66, 18-IV	---	Ilegitimidad de personería pasiva: Debe demandarse al Procurador cuando se impugna el acto de un ministerio. Falta de motivación
153-06	66, 18-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
154-06	66, 18-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
155-06	66, 18-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
156-06	66, 18-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
158-06	66, 18-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
159-06	67, 19-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
161-06	67, 19-IV	---	Inaplicabilidad del artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial en casación. Extra petita. Caducidad de la acción contencioso-administrativa de

			plena jurisdicción.
162	67, 19-IV	---	Una indemnización no convalida una ilegal destitución. Fundamentación de casación. No cabe pagar remuneraciones de servidor ilegalmente destituido que no es de carrear y por acto que no es nulo
163	67, 19-IV	---	Fundamentación de casación. Valoración de la prueba
164-06	67, 19-IV	---	Carrera aduanera. Motivación de destitución en el sumario administrativo
165	67, 19-IV	---	Prescripción de la facultad sancionadora contra servidores públicos. Si se realiza sumario administrativo contra funcionario que no es de carrera se respeta el debido proceso. La facultad sancionadora administrativa es independiente de la penal.
157-06	68, 20-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
166	68, 20-IV	---	Nulidad de sumario administrativo por indebida notificación de su instauración
167	68, 20-IV	---	Caducidad y elementos definitorios de la acción de plena jurisdicción.
168-06	68, 20-IV	---	Falta de ratificación de recurso de casación interpuesto por abogado. Norma municipal sobre renuncia voluntaria
169-06	68, 20-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
170-06	68, 20-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
171-06	68, 20-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
172-06	69, 23-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
173-06	69, 23-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
174-06	69, 23-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
175-06	69, 23-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
176-06	70, 24-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
177-06	70, 24-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
178-06	70, 24-IV	---	Derechos adquiridos de servidores del IESS
180-06	70, 24-IV	---	La atención médica en unidades médicas ajenas al IESS no es electiva: solo cabe en caso de emergencia grave

182-06	70, 24-IV	---	Acción desestimada por cuanto se considera al acto administrativo impugnado como inexistente
278-06	127, 16-VII	---	Inaplicabilidad del reclamo administrativo previo previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público. El agotamiento de la vía administrativa afecta el derecho de acceso a la justicia y puede generar indefensión indefensión. Historia normativa sobre el agotamiento de la vía administrativa
280-06	127, 16-VII	---	Carga de la prueba, apreciación de la prueba en su conjunto y congruencia de la sentencia con la traba de la litis
283-06	127, 16-VII	---	Dominio público. Televisión por cable y codificada es sujeta al control del CONARTEL. Televisión por cable y espectro radioeléctrico. Casación por violación de normas sobre valoración de las pruebas, fundamento y contenido de las sentencias.
285-06	127, 16-VII	---	Indemnización por supresión de partida
288-06	128, 17-VII	Las normas procesales, como lo anota el representante de la entidad recurrente, son preceptos de orden público, y tienen que ser aplicadas necesariamente por los tribunales respectivos. Pero esa aplicación debe hacerse de acuerdo con el tenor literal de la ley	Por falta de pago de tasas judiciales no puede alegarse la nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo previsto en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Las acciones sobre contratación pública no caducan en 90 días sino que prescriben en 5 años. Falta de motivación. Falta de valoración de las pruebas. Reconvención. Costas. Liquidación pericial.
290-06	128, 17-VII	---	Violación indirecta de norma sustancial. Unidad de la prueba y sana crítica. Derecho a la defensa: notificación del inicio de procedimientos sancionatorios, audiencia administrativa. Funcionarios de libre nombramiento. No cabe el pago de remuneraciones dejadas de percibir a servidores que no acrediten ser de carrera. Derechos adquiridos de servidores del IESS

292-06	128, 17-VII	---	Reliquidación prevista en el inciso segundo de la tercera disposición transitoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación Salarial y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su declaratoria de inconstitucionalidad
293-06	128, 17-VII	Tampoco se puede sostener válidamente que si los tribunales distritales son competentes para conocer las controversias que se susciten, igualmente lo serían para la ejecución del laudo. Tal razonamiento sería contrario a los principios del Derecho Público y, más todavía, en el contexto de las normas jurídicas que se vienen analizando.	Ejecución de un laudo arbitral en lo contencioso administrativo: no es posible al no ser un juez ordinario; no es un juicio derivado de un contrato propiamente dicho pues esta es solo su causa mediata. Jurisdicción en contratos públicos: en caso son competentes los tribunales contencioso-administrativos
297-06	129, 18-VII	---	Ejercicio de facultades discrecionales: justiciables por tutela judicial efectiva y disposición constitucionalidad de la impugnabilidad judicial de todo acto administrativo. Carga horaria de médicos tratantes. La declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo no tiene efectos retroactivos.
299-06	129, 18-VII	---	Violación indirecta de la norma sustancial. Causal quinta para alegar la falta de motivación de la sentencia.
301-06	129, 18-VII	---	No cabe renuncia por interpuesta persona, a menos que sea su apoderado.
303-06	129, 18-VII	---	Falta de escritura pública en contrato que exigía esta solemnidad según lo previsto en la Ley de Contratación Pública. La exoneración de procedimientos precontractuales no exime la solicitud de informes previos a los órganos de control.
305-06	6-EE, 26-	---	Aplicación d la ley en el tiempo. Decreto

	XII		65 (R.O. 14, 28-VIII- 1992) prohibición de nombramiento a favor de personas que se acogieron a la jubilación o retiro
306-06	6-EE, 26-XII	---	Prescripción para la facultad sancionatoria de funcionarios públicos: objetiva, ipso iure y declarable de oficio
310-06	6-EE, 26-XII	---	Restitución del cargo: ejecución de sentencia; exige un nuevo nombramiento con todas sus formalidades; sumario administrativo seguido con posterioridad
311-06	6-EE, 26-XII	---	Régimen de supresión de puestos y derechos adquiridos en el IESS
312-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
313-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
314-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
315-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el

			Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
316-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
317-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
318-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
319-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación

320-06	6-EE, 26- XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
321-06	6-EE, 26- XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
322-06	6-EE, 26- XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
323-06	6-EE, 26- XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
324-06	6-EE, 26- XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a

			los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
325-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
326-06	6-EE, 26-XII	---	“La violación de una norma no se puede considerar como fundamento para generar derechos. El hecho de que los contratos ocasionales se hayan suscrito por un plazo de duración superior al establecido en el Decreto Supremo 913 no les confiere a los profesionales contratados bajo esta modalidad, ningún derecho”. Ingreso al servicio público por concurso e igualdad ante la ley. Motivación. Fundamentación del recurso de casación
344-06	6-EE, 26-XII	---	Motivación. Prohibición de paralizar servicios públicos y sumario administrativo

**Anexo No. 2**  
**SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**ANALIZADAS EN LA PRESENTE TESIS**

A continuación se transcriben las sentencias que son analizadas en la tesis por estar vinculadas al principio que se examina. Para facilitar la ubicación de los aspectos que a nuestro juicio se hallan relacionados al principio de legalidad, estos se han resaltados.

1.- Registro Oficial No. 26, 22 de Febrero de 2007 / No. 198-06

Quito, a 15 de junio del 2006; las 14h30.

VISTOS (258-2003): El Ing. Juan Cordero García, en su condición de procurador común, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada con el voto de mayoría del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil en el juicio seguido al Director Ejecutivo de la Corporación para el Desarrollo de la Cuenca del Río Guayas CEDEGE y al Procurador General del Estado. Aceptado a trámite el recurso y concluida la sustanciación, se halla en estado de resolver. Esta Sala con su actual conformación, avoca conocimiento de la causa y hace las siguientes consideraciones: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República y los artículos 1 y 9 de la Ley de Casación. SEGUNDO: El recurso se fundamenta en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, con determinación de los modos de infracción que considera ocurridos en la sentencia. Señala que éstos son: falta de aplicación de los artículos 24, numeral 13 de la Constitución Política del Ecuador, 31 de la Ley de Modernización del Estado, 20 del Reglamento de la Ley de Modernización del Estado, en tanto considera que la sentencia objeto del recurso no ha sido debidamente fundamentada; falta de aplicación de los artículos: 1, 2, 3 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236 de 20 de julio de 1993, relacionados con el procedimiento para la supresión de los cargos de los actores; falta de aplicación de los artículos 3 y 5 del Decreto Ejecutivo No. 41, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 11 de 25 de agosto de 1998; falta de aplicación del artículo 59, literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como de los artículos: 119 y 272 de la Constitución Política del Ecuador: 5, inciso segundo, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 58, letra a) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; y, 101, numeral 1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en referencia al principio de legalidad, que debe regir a los actos de las entidades del sector público. Afirma también, que no se ha aplicado la norma procesal contenida en el artículo 46, inciso final de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto no se han resuelto todos los puntos en torno a los que se trabó la litis. Señala que existe falta de aplicación del artículo 19 de la Ley de Casación, así como de varios fallos expedidos por la Corte Suprema de Justicia, que el actor afirma constituyen antecedente jurisprudencial de obligatoria aplicación, por lo que debieron ser necesariamente aplicados por el Tribunal a quo. Por su parte, la administración demandada, al contestar el recurso de casación, sostiene que todas las normas aplicadas por la sentencia son oportunas y pertinentes. TERCERO: El recurrente afirma que la sentencia objeto de este recurso ha inaplicado lo dispuesto en los artículos 1 a 4 del Decreto Ejecutivo 928, que contiene el Reglamento de Supresión de Puestos, normativa que, dado su ámbito de aplicación, afecta a la institución

demandada. La supresión de partida a la que se refiere la letra d) del artículo 59 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, reformada de manera expresa por el artículo 71 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, es un proceso reglado, a cuyo efecto el Presidente de la República lo reglamenta con el Decreto No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236 de 20 de julio de 1993, en el que, en primer lugar, se establece la necesidad de una auditoría administrativa ejecutada por la Dirección Nacional de Personal de la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo, cuyo resultado, luego del respectivo informe, debe ser aprobado por la autoridad nominadora, la cual permite al Ministerio de Finanzas proceder a la supresión, por manera que mal podría apriorísticamente establecerse el derecho a la indemnización, sin que se haya probado, en la instancia, que la partida presupuestaria fue suprimida en forma ilegal; igualmente de autos aparece que sí se realizó la auditoría administrativa que dispone el procedimiento reglado dispuesto en el artículo 5 del Reglamento para la Supresión de Puestos y su correspondiente indemnización, norma que textualmente dice: “La Dirección Nacional de Personal expedirá las resoluciones de supresión de puestos, siempre que de manera previa la autoridad nominadora apruebe el informe contentivo de la auditoría administrativa y la unidad financiera respectiva certifique la existencia de fondos para el pago de indemnizaciones.”. Consta, además, el acto administrativo de Resolución No. 301436, mediante el cual la Subsecretaría de Presupuestos aprueba la supresión de las partidas del distributivo de sueldos de CEDEGE. Consta también de los autos que CEDEGE, mediante Resolución No. 48, tomada en sesión realizada el 23 de agosto del 2000, resolvió aprobar la supresión de la estructura orgánica funcional de las unidades administrativas contenidas en las resoluciones A, B, C y D, una vez que habían concluido las obras para las que fueron creadas, condición que sí se cumplió. Cabe destacarse que el documento que contiene la Auditoría Administrativa y Justificativo Técnico para Supresión de Puestos de CEDEGE concluye que los justificativos técnico y legal para dar paso a la supresión de puestos es la finalización de la construcción de obras y proyectos y la administración vía participación privada y que, en efecto, las obras se encuentran concluidas, lo cual evidencia que las relaciones contractuales entre los recurrentes y CEDEGE fenecieron, por cuanto culminaron las obras para las cuales fueron contratados, tanto más que aquéllos fueron debidamente indemnizados, conforme consta del presente proceso. Lo considerado anteriormente evidencia la suficiente motivación del acto administrativo impugnado, cuestiones que sí han sido analizadas y fundamentadas jurídicamente en la sentencia expedida por el Tribunal a quo (especialmente fs. 1078 y vuelta del cuerpo 11). En consecuencia, no hay falta de aplicación del artículo 24 número 13 de la Constitución Política del Estado, como tampoco se desprende que hayan sido infringidos los artículos 119 y 272 de la Carta Magna. Por las consideraciones expuestas y al no haberse constatado las infracciones de las normas legales que sirvieron de fundamento para la casación, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación intentado por el Ing. Juan Cordero García, quien comparece en calidad de procurador común de los actores de la presente causa. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

2.- Registro Oficial No. 26, 22 de Febrero de 2007 / No. 200-06

Quito, 19 de junio del 2006; las 09h30.

VISTOS (381-03): Tanto la parte actora, como la demandada interponen recurso de casación respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, en el juicio que siguió María Magdalena Rosero de Herrera, como propietaria de la Farmacia Eloy Alfaro, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; fallo que acepta, en parte, la demanda y dispone que la institución mencionada pague a la actora, en el término de quince días, los valores que corresponden a facturas pendientes de cubrirse, por suministro de medicamentos recetados por médicos o por odontólogos de dicha entidad para afiliados o beneficiarios de los servicios de la indicada institución, así como que se le liquiden los intereses de los valores adeudados a partir del requerimiento planteado por la actora.- Ella dedujo ese recurso, con escrito presentado el viernes 31 de agosto del 2001, para requerir el incremento de determinados valores enunciados en la indicada sentencia.- El Ing. Jorge Enrique Madera Castillo, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y como tal su representante jurídico, presentó también recurso de casación respecto al fallo en mención, con fecha 5 de noviembre del 2003.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, con la integración que tenía al dieciséis de marzo del 2004, no calificó el recurso deducido por la actora, por falta de precisa determinación, en el escrito que ella presentara, de los vicios de infracción del numeral tercero del artículo 6 de la Ley de Casación, que la actora sostenía se habrían dado en la sentencia; pero admitió el recurso deducido por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, con su actual conformación, avoca conocimiento del caso, y, para resolver, considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver la causa en examen, en base a lo que disponen el artículo 200 de la Carta Política y la Ley de Casación, que regula dicha norma constitucional.- SEGUNDO: Examinado el proceso, no se registran situaciones que afecten la validez del trámite del recurso.- TERCERO: El Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social funda su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y expresa que la resolución objeto del recurso no ha aplicado “disposiciones legales (sic) como son: la cláusula 10.01 del Convenio para la provisión de fármacos, celebrado el 2 de marzo de 1.999 entre el IESS y María Magdalena Rosero de Herrera, propietaria de la Farmacia Eloy Alfaro”, el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, la solemnidad segunda del artículo 355 y el artículo 358 de dicho código; el numeral 11 del artículo 24, el numeral 27 del artículo 23, y el inciso primero del artículo 212 de la Constitución Política de la República; el artículo 128 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el artículo 65 y el literal b) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. CUARTO: Por el nivel jurídico superior que tienen las normas de la Constitución, se comenzará por analizar las que, a criterio del recurrente, son consideradas por él y sus abogados como infracciones de las disposiciones constitucionales que él enuncia, ya que el incumplimiento de una norma de la Carta Suprema implicaría, de sí, la imposibilidad de aplicar preceptos de jerarquía jurídica inferior.- El numeral 11 artículo 24 de la Constitución expresa que “Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto”.- No cabe sostener que en el caso en examen hay juzgamiento por tribunales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto.- En cuanto a la alegación de que la entidad recurrente habría sido distraída de su Juez competente, que los abogados de dicha institución sostienen que habría sido un Juez de lo Civil, cabe tener presente la disposición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que preceptuaba que “Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera

de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público” (lo subrayado es nuestro). La transcrita es una norma de derecho público que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993 y prevalece, desde entonces, sobre estipulaciones de carácter contractual entre partes específicas.- Esta disposición se reafirmó con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial número 144 de 18 de agosto del 2000, que entró en vigencia desde esa fecha, y que establece que: “Los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje, de conformidad con la ley”. Las precedentes normas de derecho público tenían que ser aplicadas por el Tribunal a quo al dictar su sentencia, lo que ocurrió el primero de septiembre del 2003.- El numeral 17 del artículo 24 de la Constitución, que el recurrente estima que se ha violado en la sentencia del Tribunal a quo se refiere al derecho que tiene toda persona para acceder a los órganos judiciales a efectos de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses.- La Sala considera que el recurrente tuvo las garantías suficientes en el desenvolvimiento de la instancia judicial ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, sin que se haya observado que dicho Tribunal ha procedido indebidamente, ni menos que el recurrente hubiera quedado en estado de indefensión.- Con respecto al Art. 212 de la Carta Magna que los abogados de la entidad recurrente mencionan como norma que impediría que un documento emanado de la auditoría interna de esa institución pueda ser considerado como prueba para determinar valores adeudados por el IESS, pues, la emisión de un documento de ese tipo sería, según ellos, atribución únicamente de la Contraloría General del Estado, cabe resaltar que la indicada norma constitucional preceptúa que “La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal...”, y que este precepto de derecho público no puede ser interpretado en forma extensiva, para referirse a pronunciamientos sobre deudas o facturas impagas, como pretenden tales abogados. QUINTO: Frente a las normas de derecho público relativas a trámite de demandas y juicios contra entidades públicas transcritas en el numeral precedente, no puede oponerse la disposición del artículo 6, letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicada en el Registro Oficial número 338 de 18 de marzo de 1968, que expresa que “No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa... b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones”, que han invocado los abogados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y su Director General. Tampoco resulta aplicable la cláusula 10.01 del Convenio para la Provisión de Fármacos suscrito entre dicho instituto y la actora, que expresa: “En el evento de surgir controversias sobre aspectos de Derecho, en relación con el cumplimiento del presente convenio y de no existir acuerdo directo entre las partes, éstas se someterán a los Jueces Civiles de la ciudad de Quito, en trámite verbal sumario, y al efecto la contratista, renuncia los privilegios de jurisdicción, fuero y domicilio”.- Es preciso tener en cuenta, a este respecto, que la acción deducida en la vía contencioso administrativa impugna un acto administrativo de carácter subjetivo, tendente a que se dé cumplimiento del contrato de provisión de fármacos y que se paguen las facturas que no han sido canceladas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a la actora.- Por lo dicho, no puede alegarse falta de aplicación de la referida cláusula 10.01 del

Convenio para la Provisión de Fármacos, o inobservancia de la disposición que contemplaba la letra a) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para el trámite del juicio en el que se dictó el fallo respecto al cual se ha deducido recurso de casación.- Como consecuencia de lo analizado en los numerales precedentes, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito tenía competencia para conocer la demanda sometida a su conocimiento y resolución, por lo que no existe causal de nulidad en la actuación de ese Tribunal, ni tampoco puede alegarse falta de aplicación de los artículos 355 y 358 del Código de Procedimiento Civil, puesto que no se ha violado el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto de la causa. En cuanto a la alegada falta de aplicación del Art. 65 de la Ley de lo Contencioso Administrativo en el caso en estudio, ella no se ha suscitado, porque la demanda fue presentada dentro del plazo establecido por la ley, ya que las diligencias de requerimiento notarial mediante las que se solicita el pago de las facturas que le adeuda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se realizaron el 30 de abril del 2001 en la Notaría Tercera a cargo del doctor Roberto Salgado, y la demanda se presentó el 3 de septiembre del 2001. SEXTO: El análisis que se viene realizando lleva igualmente a la conclusión de que tampoco es aceptable la alegación de que la prueba no haya sido apreciada en su conjunto, en violación de lo ordenado por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, como lo pretenden los abogados de la entidad recurrente. El Juez está obligado a examinar todas las pruebas presentadas por las partes en un proceso, y en un asunto como este, debe determinar el valor probatorio fundamental de la prueba documental, estableciendo cuáles documentos hacen fe y cuáles no pueden ser admitidos para sustentar las afirmaciones hechas por las partes, y esta es la forma en que ha procedido el Tribunal de instancia.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se niega el recurso de casación interpuesto por el Ing. Jorge Enrique Madera Castillo, Director General del Instituto de Seguridad Social.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

3.- Registro Oficial No. 128, 17 de Julio de 2007 / No. 288-06

Quito, a 22 septiembre del 2006; las 14h35.

VISTOS (313-03): El abogado Frank Vargas Marcillo, en su calidad de Director Ejecutivo de la Corporación Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí (C.R.M.), interpone recurso de hecho (fojas 269, 270) respecto al auto dictado el 18 de agosto del 2003 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo (fojas 268), auto que deniega el recurso de casación planteado por la entidad recurrente (fojas 212 a 238), dentro del juicio propuesto por Kelo Auro Párraga Moreira contra el entonces Centro de Rehabilitación de Manabí.- El recurso de hecho fue admitido por los magistrados integrantes de esta Sala al 20 de enero del 2004, quienes estimaron que en la resolución objeto del recurso “existen alegaciones que la Sala debe considerar”; pero que no llegaron a resolver el caso.- La Sala con su actual conformación, avoca conocimiento del asunto, pues, es competente para hacerlo, en atención a lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación, que regula el ejercicio de dicha norma constitucional.- La Sala, para resolver, considera: PRIMERO: El recurso de hecho permite al superior examinar el recurso de casación denegado por el Tribunal de instancia.- Para atender a la resolución de los integrantes de la Sala que admitieron el recurso de hecho, se examinarán los aspectos sustanciales del extenso y reiterativo recurso de casación que planteara Corporación

Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí (C.R.M.).- SEGUNDO: El representante legal de la entidad recurrente sostiene que en la sentencia cuya casación pidió mediante los recursos mencionados se registra falta de aplicación de los artículos: 207, 24, número 13, 128, 129 y 130 de la Constitución Política de la República; 6, 7 y 11 del Reglamento de Fijación de Tasas Judiciales; 9, 10 y 16 del Código Civil; 38 de la Ley de Modernización; 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformados por la ley publicada en el Registro Oficial número 483 de 28 de diciembre del 2001; 59 de la Ley de Contraloría; 341 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; 109, 110, 119, 168, 169, 170, 273, 277 y 278 del Código de Procedimiento Civil; manifiesta que se ha dado también la falta de aplicación de los numerales 4 y 5 del artículo 3, así como del artículo 19 de la Ley de Casación; y que, además, se registra una errónea interpretación del artículo 59, letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Sin embargo, no precisa, sino en unos pocos casos, las razones por las cuales estima que se ha producido esa falta de aplicación o la errónea interpretación.- TERCERO: Para atender a la jerarquía jurídica de las normas invocadas, se hará referencia, en primer término a los artículos de la Constitución Política del Estado que el recurrente estima se habrían violado en la sentencia objeto de sus recursos.- Cabe tener presente que a la fecha de presentación de la demanda regía la Constitución que entró en vigencia el 11 de agosto de 1998.- El artículo 207 de la Constitución establece que la administración de justicia será gratuita en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores; y que, en las demás causas, el Consejo Nacional de la Judicatura fijará el monto de las tasas por servicios judiciales. Agrega que tales fondos constituirán ingresos propios de la Función Judicial, y que su recaudación y administración se hará en forma descentralizada.- El numeral 13 del artículo 24 de la Carta Política exige que las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas sean motivadas.- Se hará específica referencia a este punto en el considerando sexto de la presente resolución.- El artículo 128 de la Constitución se refiere a la conformación de bloques parlamentarios; el artículo 129, a la elección de Presidente y Vicepresidentes del Congreso Nacional; el 130, a las atribuciones del Congreso.- Si bien las normas del artículo 207 de la Constitución Política se desarrollan en otras de menor jerarquía, que se enuncian en el escrito de presentación del recurso, es difícil admitir que tal precepto constitucional en sí, y menos los contenidos en los artículos 128 a 130 de la Carta Fundamental (los cuales se refieren a la integración de bloques parlamentarios, a elección de Presidente y vicepresidentes del Congreso, a deberes y atribuciones del Congreso) hayan sido violados en la sentencia respecto a la cual se han presentado los ya mencionados recursos de casación y de hecho, como pretende el representante legal de la entidad recurrente. CUARTO: En el fallo objeto del recurso no consta que se haya exigido el estricto cumplimiento de las normas de los artículos 6, 7 y 11 del Reglamento de fijación de tasas judiciales, que requieren, en suma, que para presentar la demanda se haya pagado la tasa por servicios judiciales, en el monto correspondiente a la cuantía de tal demanda.- Tampoco se hace referencia en dicho fallo a la reiterada alegación del mencionado hecho por parte de la entidad recurrente.- El representante legal de ella pretende que, según el artículo 59, letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la sentencia objeto del recurso estaría, según su criterio, viciada de nulidad por el hecho de que no se hubiere cubierto el valor completo de la tasa judicial antes de iniciar la demanda.- Es menester tener presente, para resolver tal planteamiento, que la norma mencionada tiene el siguiente tenor literal: “Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo...”; b) la omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la

ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión”. (El resaltado es de la Sala). Las normas procesales, como lo anota el representante de la entidad recurrente, son preceptos de orden público, y tienen que ser aplicadas necesariamente por los tribunales respectivos. Pero esa aplicación debe hacerse de acuerdo con el tenor literal de la ley. Las disposiciones transcritas hacen referencia, en primer término, al texto de la ley cuya violación se denuncia, así como al incumplimiento de disposiciones legales, respecto a una resolución o a un procedimiento administrativo.- No aluden a normas de un reglamento o a una sentencia.- No se da, por lo dicho, el supuesto de nulidad del proceso y de la sentencia, si bien los integrantes del Tribunal a quo debieron requerir el cumplimiento de esas normas e incurrieron en descuido al no hacerlo. QUINTO: En lo que concierne a la alegación de que, a la fecha de presentación de la demanda, habría caducado la posibilidad de que el actor la deduzca (alegación a la que la parte recurrente confiere mucho énfasis), cabe considerar que, de acuerdo con lo que tal demandante manifiesta en su escrito de presentación de su demanda, él habría concluido la obra el 3 de junio de 1998, y solicitó ese mismo día al ingeniero Auro Encalada Pinargote la recepción provisional de los pozos que había perforado. Al día siguiente, 4 de junio de 1998, según dicho escrito, el ingeniero Wilfrido Mendoza Moreira habría dirigido al Jefe de Fiscalización encargado un memorando sin número, en el que se habría ordenado que se pague al actor la suma de S/. 114'.874.792 sucres.- En el proceso no constan otros documentos de los que se desprenda que el actor hubiera insistido en sus pedidos en el período comprendido entre el 4 de junio de 1998 y 23 de octubre del 2000. (Se hace referencia a esta última fecha en el informe del ingeniero Wilfrido Mendoza Moreira al Jefe de Fiscalización, el 24 de noviembre del 2000, que consta a fojas 117 del proceso).- Lo dicho pone de relieve el descuido del actor en la defensa de sus intereses.- De otro lado, vale la pena considerar que se menciona en tal informe que se había producido un retraso de 623 días laborables en la entrega de la obra; que “el contrato iba a rescindirse”, y que el ingeniero Kelo Párraga podía recibir un valor de S/. 42'.982.639 de sucres hacia noviembre del 2000.- La demanda fue presentada por el actor el 30 de octubre del 2001, según consta del sello de recibido del “Tribunal Distrital Contencioso Administrativo de Portoviejo”, en el que figuran dicha fecha y una firma ilegible.- El 7 de noviembre del 2001, el mencionado Tribunal dio trámite a la demanda.- La entidad recurrente argumenta que, en razón de que el artículo 1° de la “Ley reformativa al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el procedimiento será el previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”; y sostiene, en base a tal afirmación, que el término para deducir la demanda será el de noventa días, según su interpretación de la mencionada ley. Sin embargo, omite examinar el alcance del artículo 109 de la Ley de Contratación Pública, según la codificación publicada en el Registro Oficial número 272 de 22 de febrero del 2001, que dispone que “en cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo previsto en el artículo 2439 (actual 2415) del Código Civil, para las acciones ejecutivas”, precepto en el cual se contempla un plazo de cinco años para tal efecto.- Vale la pena mencionar que la orientación de la disposición legal precedente se reafirma y corrobora en las reformas introducidas en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la Ley número 2001-56, expedida por el Congreso Nacional el 17 de diciembre del 2001, y publicada en el Registro Oficial número 483 de 28 de diciembre del 2001, y en conformidad con las cuales la frase final del inciso segundo del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, expresa, “En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo

Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.”.- SEXTO: En lo que respecta a la falta de motivación de las conclusiones de la sentencia, que alega el recurrente, cabe resaltar que en el fallo no se han determinado con precisión y claridad las normas de derecho infringidas, ni se ha explicado de qué modo éstas han sido vulneradas.- El numeral 13 del artículo 24 de la Constitución preceptúa que no hay motivación “si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.- En el caso en examen no se ha cumplido con esta norma constitucional.- SÉPTIMO: La sentencia objeto del recurso no precisa las pruebas que han servido de base para que se la expida, ni la forma en que se han valorado aquellas pruebas.- Omite hacer referencia a la confesión rendida por el actor, en la que éste admite que colocó, en los pozos cuya perforación y habilitación se contrató, bombas eléctricas de capacidad inferior a la prevista en el contrato, o que no realizó varios trabajos específicos enunciados en éste, con las características que debían tener.- OCTAVO: En cuanto a la falta de aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil cuya inobservancia alega la entidad recurrente, que básicamente se refieren al hecho de que en la sentencia no se haya resuelto la reconvencción planteada por dicha institución al contestar la demanda ni se cubran todos los aspectos enunciados en la demanda y la contestación a ella, no puede dejar de anotarse en relación con tales asuntos, que la sentencia no determina la forma de liquidar los valores que debe pagar el demandado, ni resuelve el tema de la reconvencción planteada por la entidad recurrente (reconvencción que no está prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).- Además, el fallo manda que no habrá lugar al pago de costas; pero, al mismo tiempo, ordena que el demandado pague los honorarios del abogado del actor.- NOVENO: En razón de lo señalado en los dos considerandos anteriores, que dan, fundamentalmente, base para la tramitación del recurso de casación interpuesto, es necesario tener en cuenta, además, las siguientes cuestiones: 1) No aparece en el proceso que se haya realizado una liquidación detallada y precisa respecto a los valores entregados por la entidad recurrente al contratista, y que considere los valores que se adeuden recíprocamente las partes, sea por falta de cumplimiento preciso por el contratado de las obligaciones previstas en el contrato de ejecución de obras específicas, o por falta de pago total de los valores previstos para la ejecución de esas obras, o por otros motivos, que se enuncian y se han demostrado en el proceso, por lo cual deberá designarse un perito, en la fase de ejecución de la sentencia, que efectúe, en forma precisa y motivada, tal liquidación, en la que deberán determinarse: el monto total del contrato; los valores correspondientes a obras que el actor no realizó o no concluyó, o que no se ajustaron a las especificaciones del contrato, o que incluyeron bombas, máquinas u otros elementos que hubieran sido inferiores a aquéllos cuyas características, requisitos o precios que el actor se había comprometido a instalar en los pozos, según los términos del contrato; y también las multas que correspondieren por los retrasos en la ejecución y entrega de las obras contratadas. 2) Los valores determinados en sucres deberán ser convertidos a dólares, a razón de veinticinco mil sucres por cada dólar, sin indexación alguna, según se lo ha dispuesto en numerosas sentencias de esta Corte.- Por las consideraciones precedentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo de Portoviejo, específicamente por las razones enunciadas en los considerandos sexto, séptimo, octavo y noveno. En consecuencia, se dispone que, previa liquidación pericial final del contrato (liquidación, técnica, económica y contable), que contemplará lo expresado en los numerales 1 y 2 del considerando noveno, la Corporación Reguladora del Manejo

Hídrico de Manabí pague al actor los valores que correspondan.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

4.- Registro Oficial No. 128, 17 de Julio de 2007 / No. 293-06

Quito, a 25 de septiembre de 2006; las 09h00.

VISTOS (326-2003): El doctor Leonardo Morales Ordóñez, en calidad de procurador común de la Asociación de Compañías Consultoras, ACSAM-HIDROESTUDIOS. AET-ICA, interpone recurso de casación respecto del auto dictado por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo dentro del juicio propuesto por el recurrente en contra de la Subcomisión Ecuatoriana de la Comisión Mixta Ecuatoriano-Peruana para el Aprovechamiento de las Cuencas Hidrográficas Binacionales Puyango - Tumbes y Catamayo - Chira "PREDESUR"; auto de mayoría, por el cual dicho Tribunal declara su falta de competencia, se inhibe de conocer sobre la materia sometida a su conocimiento y, en consecuencia, declara la nulidad de todo lo actuado. El recurrente fundamenta el recurso interpuesto en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por la aplicación indebida del artículo 6, letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y del artículo 63 del Código de Procedimiento Civil; por la falta de aplicación de las normas de derecho contenidas en: el tercer inciso del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en los artículos 64, primer inciso, y 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; artículo 40 de la Ley de Consultoría; los artículos 498 y 500 del Código de Procedimiento Civil; y, el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; y, por la errónea interpretación de los artículos 32, segundo inciso, de la Ley de Arbitraje y Mediación, 109 de la Ley de Contratación Pública y 5 del Código de Procedimiento Civil. Concedido el recurso y al haberse elevado el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento de la causa y, para resolver, formula las siguientes consideraciones: PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación.- SEGUNDO: En la tramitación del recurso se han observado todas las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez procesal.- TERCERO: Consta de autos que el Tribunal de Arbitraje del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, con fecha 6 de agosto del 2002, expidió un laudo arbitral en aplicación del que resuelve la controversia surgida en el proceso de ejecución del Contrato de Consultoría para la Fiscalización de la Construcción del Proyecto de Riego Zapotillo, suscrito entre la Subcomisión Ecuatoriana de la Comisión Mixta Ecuatoriano-Peruana para el Aprovechamiento de las Cuencas Hidrográficas Binacionales Puyango-Tumbes y Catamayo-Chira PREDESUR y la Asociación ACSAM-HIDROESTUDIOS-AET-ICA. Posteriormente, con fecha 11 de febrero del 2003, la Asociación ACSAM-HIDROESTUDIOS-AET-ICA presenta ante el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, una demanda tendiente a ejecutar el referido laudo arbitral. El Tribunal a quo, en auto de mayoría, declara la falta de competencia, se inhibe de conocer sobre esta materia y declara la nulidad de todo lo actuado.- CUARTO: El recurrente invoca el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, para señalar que esta norma ha sido infringida doblemente: por un lado, existe una errónea interpretación del inciso segundo; y por otro, una indebida aplicación del inciso tercero de dicha disposición. Por referirse las dos cuestiones al mismo artículo de la referida ley, se las

examinará conjuntamente.- La Ley de Arbitraje y Mediación (R.O. N° 145 de 4 de septiembre de 1997) en el inciso segundo del Art. 32, establece que “Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo...” e indica cómo se debe proceder. En esta disposición resaltan dos aspectos: el primero, que se trate de la ejecución de un laudo arbitral, como ocurre en el presente caso; y, el segundo, la posibilidad de acudir a los jueces ordinarios. En este punto hay que tener claro quienes son los jueces ordinarios, y para ello es preciso remitirse a la Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ), en cuyo Art. 3 se habla de los jueces ordinarios y de los jueces especiales. Entre los primeros están “los magistrados de la Corte Suprema y de las cortes superiores, los jueces de lo penal y los de lo civil”. Respecto de los jueces especiales, la referida ley señala a “los de trabajo, de inquilinato, de tránsito, los que ejercen jurisdicción coactiva, los de policía y los demás establecidos por leyes especiales”. Como se observa, la LOFJ no incluye entre los jueces ordinarios a los ministros jueces de lo Contencioso Administrativo, y si bien éstos tampoco constan en la enumeración que la norma hace de los jueces especiales, aquí se deja abierta dicha enumeración para “los demás establecidos por leyes especiales”. Por lo tanto, es necesario determinar si los ministros jueces de lo Contencioso Administrativo fueron creados por una ley de carácter especial.- Al respecto, hay que recordar, previamente, que el ámbito de lo contencioso administrativo reviste caracteres diferentes, por tratarse de una vía jurisdiccional en la que se presentan reclamos o quejas dirigidas al Poder Público, que, entre sus atribuciones, ejerce la función administrativa encaminada a la prestación de los servicios públicos. La posibilidad de impugnar los actos de los funcionarios estatales dio a esta jurisdicción un carácter especial, lo que se ha reflejado en el desarrollo de la denominada Justicia Administrativa, iniciada en Francia con el Consejo de Estado y continuada, bajo diversos sistemas, en los países de tradición romanista, pero siempre con esa nota de especificidad.- En el Ecuador también se ha dado un trato especial a lo contencioso administrativo. No viene al caso describir la evolución habida en este ámbito jurídico: es suficiente remitirnos a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que rige -con reformas- desde el 18 de marzo de 1968. Esta ley, aparte de estructurar de modo particular a los juzgadores, establece un procedimiento específico para la materia, todo lo cual, en suma, demuestra que se trata de una ley especial y que sus jueces no pueden estar comprendidos dentro de los jueces ordinarios, a los cuales se refiere la Ley de Arbitraje y Mediación, en el inciso segundo del Art. 32, ya mencionado, y que dice: “Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo...”. Y el inciso tercero del Art. 32 ibídem se refiere a que los laudos arbitrales por tener efectos de sentencia ejecutoriada, se ejecutan de igual manera que las sentencias de última instancia, “sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna...”. Este inciso debe ser tomado en el contexto del Art. 32 ibídem, esto es, con relación a los jueces ordinarios, que son quienes ordenan la ejecución del laudo y no pueden aceptar excepciones; asimismo, en este contexto jurídico hay que considerar el Art. 5 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la jurisdicción en general. Esta Sala concluye que no existe la errónea interpretación del inciso segundo ni la indebida aplicación del inciso tercero del Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación; tampoco hay interpretación errónea del Art. 5 del Código de Procedimiento Civil.- QUINTO: La explicación dada en el considerando anterior guarda conformidad con el Art. 6, letra b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, disposición que es invocada por el recurrente por considerar que el Tribunal a quo le dio una aplicación indebida. Dicho artículo se refiere a las cuestiones que no corresponden conocer a la jurisdicción contencioso administrativa, como son aquellas “cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a

la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras funciones”.- Se ha examinado que en la categoría de jueces ordinarios no están comprendidos los ministros jueces de lo contencioso administrativo y que este proceso lo regula una ley de carácter especial. Justamente dicha ley distingue la jurisdicción contenciosa administrativa de la ordinaria y por ello determina los litigios que no son de su competencia. A esto se refiere el Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, concretamente, la letra b) de dicho artículo. Por tanto, no existe la aplicación indebida que arguye el recurrente, como tampoco la hay respecto del Art. 63 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa que las controversias judiciales que no tengan un procedimiento especial se ventilarán en juicio ordinario. En el presente caso, la controversia se zanjó mediante el arbitraje. Ahora, hay que ejecutar un laudo arbitral y, por mandato del Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se debe acudir a los jueces ordinarios, (aquéllos de la jurisdicción ordinaria).- SEXTO: El recurrente invoca la falta de aplicación de los Arts. 64 primer inciso y 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La primera norma se refiere a la ejecución de las sentencias o al pago de las indemnizaciones, a cuyos efectos el Tribunal Contencioso Administrativo debe adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento y pueden aplicarse las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. El Art. 77 ibídem remite, igualmente, a dicho código adjetivo para que sea aplicado subsidiariamente en aquello no previsto por la ley especial que nos ocupa.- Estas disposiciones tienen que ver con los juicios que se ventilan en los tribunales de lo Contencioso Administrativo, los cuales -como es obvio- tienen que velar por el cumplimiento de las sentencias que dictan, y para ello, si fuere del caso, pueden aplicar preceptos del Código de Procedimiento Civil. En el presente caso, hay un fallo dictado por un Tribunal Arbitral que busca ser ejecutado y con esta finalidad, por mandato de la ley respectiva, se debe acudir a los jueces ordinarios. Como se dijo, los ministros jueces de lo contencioso administrativo no tienen la calidad de jueces ordinarios; por lo tanto, esta Sala no encuentra una falta de aplicación de las mencionadas normas.- SÉPTIMO: Otra objeción del recurrente es la falta de aplicación del Art. 40 de la Ley de Consultoría y del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado. Esta última disposición, en lo principal, amplía el ámbito de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal, pero lo hace “dentro de la esfera de su competencia”, cuestión que debe ser tomada en cuenta. Esta ampliación de competencia de los referidos tribunales está prevista para que estos puedan conocer y resolver “todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público...”. La idea básica de este precepto fue recogida por el Art. 196 de la Constitución Política vigente, que dispone la impugnación se hará en la forma que determine la ley.- En el caso sub júdice tenemos un laudo arbitral que fuera emitido por el Tribunal respectivo para resolver una controversia contractual, lo que significa que el contrato es un antecedente indirecto, mediato. La cuestión que se vincula de modo directo con una acción procesal de cumplimiento es el laudo arbitral y no el contrato. Por eso, no puede aplicarse el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, pues -como se señala- en el caso en examen no hay actos, contratos o hechos administrativos que sean impugnados; lo que se demanda es la ejecución de un fallo arbitral, y éste no se enmarca dentro de el área de la jurisdicción administrativa, sino de lo estrictamente judicial, por cuanto la ley pertinente equipara al laudo con una sentencia.- OCTAVO: En cuanto al Art. 40 de la Ley de Consultoría, que el recurrente arguye que no fue aplicado, esta disposición señala que en la terminación anticipada de los contratos de consultoría y en las controversias que éstos susciten se aplicarán las normas de la contratación pública;

también se refiere al procedimiento de arbitraje como medio de solución. Para que esta norma jurídica tome sentido y pueda determinarse si debía aplicársela, es necesario concordarla con el Art. 109 de la Ley de Contratación Pública, disposición que también es invocada por el recurrente, el cual considera que aquella norma fue objeto de una errónea interpretación en el caso sub júdice. Dicho Art. 109 dice textualmente: “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 de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”. Luego, se indica que el domicilio del co-contratante del Estado o de otras entidades públicas fijarán la competencia.- El punto esencial en el referido Art. 109 es que las partes no se pongan de acuerdo para ir al arbitraje y prefieran acudir a sede judicial. En el caso en examen sucede todo lo contrario. Tampoco se puede sostener válidamente que si los tribunales distritales son competentes para conocer las controversias que se susciten, igualmente lo serían para la ejecución del laudo. Tal razonamiento sería contrario a los principios del Derecho Público y, más todavía, en el contexto de las normas jurídicas que se vienen analizando.- En consecuencia, esta Sala no encuentra que exista errónea interpretación del Art. 109 de la Ley de Contratación Pública ni que falte aplicar el Art. 40 de la Ley de Consultoría, como se sostiene en este recurso de casación.- Por todo lo expresado y sin que sea necesario entrar en otras consideraciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desecha el recurso de casación interpuesto por el señor procurador común de la Asociación de Compañías Consultoras, ACSAM-HIDROESTUDIOS, AET-ICA. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Anexo No. 3**  
**RESOLUCIONES DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**  
**REVISADAS EN LA PRESENTE TESIS**

<b>Fallo</b>	<b>R.O.</b>	<b>Sala</b>	<b>Referencia</b>	<b>Objeto</b>
0141-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	El Art. 119 de la Constitución Política de la República dispone que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común; el aludido Decreto Ejecutivo, por el cual se deja sin efecto los contratos celebrados entre el COPOE y los accionantes, es contrario a la Carta Magna, por lo cual, la Presidenta de la citada entidad, como autoridad administrativa, debió sujetarse a las normas constitucionales para garantizar los derechos de los comparecientes, en estricta aplicación del Art. 272 de la Constitución Política del Estado.	El Decreto Ejecutivo No. 12, que dispone: “Dejar sin efecto los nombramientos de los funcionarios de libre remoción, los contratos de servicios profesionales y ocasionales y dar por terminadas las comisiones de servicios institucionales, expedidas y ejecutadas por el gobierno del destituido Presidente de la República, Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa, desde el 15 de enero de 2003 hasta el 20 de abril de 2005” es contrario al ordenamiento jurídico. Funcionarios de libre nombramiento y remoción
0350-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Ilegalidad de un memorando que suspende el pago del Bono Profesional en el INIAP
0375-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Ilegitimidad de personería activa por no acreditar su interés en la constitución de una nueva persona jurídica
0488-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Debido proceso. Motivación. Cambia de carga horaria en institución educativa
0524-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	Vale decir que la Procuraduría General del Estado, es un órgano de administración consultiva al que le	Régimen jurídico de servidores públicos y trabajadores amparados por el Código del

			corresponde precautelar la legalidad y legitimidad de las actuaciones de la administración pública en general, a través de sus pronunciamientos, por lo que, precisamente por tal motivo, debe atenerse en el ejercicio de sus funciones, a los límites que le impone la Constitución y la Ley, acorde al principio de legalidad contenido en el artículo 119 de la Carta Fundamental.	Trabajo. Amparo contra absolución de consulta de la Procuraduría. Aplicabilidad de contrato colectivo. Ilegalidad de nombramiento y lesividad. Funcionarios de libre nombramiento y remoción.
0532-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Incompetencia de intendentes y gobernadores para ordenar desalojos. Daño grave e inminente y su relación con el tiempo de interposición de la acción
0547-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Condiciones para el cambio traslado administrativo. Debido proceso. Incompetencia par ordenar el pago de indemnizaciones
0581-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Coactiva sustentada en una obligación contractual. Improcedencia de amparo originado en contratos
0664-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Negativa de daño inminente por excesivo transcurso de tiempo
0684-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Telefonía celular como servicio público. Falta de prueba. Improcedencia de amparo para regular relaciones derivadas de contratos
0705-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Debido proceso. Prueba. Motivación
0751-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Permiso de funcionamiento y disolución de una compañía. Motivación
780-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Telefonía celular como servicio público. Falta de prueba. Improcedencia de amparo para regular relaciones derivadas de contratos

0833-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Legitimación pasiva y competencia en razón del territorio en el amparo
0969-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Legitimación pasiva: corresponde al órgano emisor no al representante legal. Independencia judicial. Consumo de droga. Derecho al debido proceso. Presunción de inocencia. Motivación. Seguridad jurídica.
1142-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Pensión jubilar por invalidez y nuevo trabajo. Responsabilidad del IESS de informar oportunamente una situación irregular
1329-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Motivación. Debido proceso.
1343-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	Imprudencia de amparo contra coactiva municipal por considerarla una providencia judicial
1465-2006-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	SOLCA presta un servicio público impropio. Sólo cabe impugnar sus actos referidos a la prestación del servicio público.
0362-2007-RA	224-S, 3-XII	Tercera	---	La terminación de contratos administrativos secuencialmente celebrados afecta la estabilidad laboral. Motivación. No cabe celebración de contratos temporales para actividades permanentes en la Función Judicial. No cabe la renovación de contratos eventuales.
0357-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	La exigencia de adquisición de un reloj marcador es un acto legítimo
0569-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	Principio pro homine. Requisitos del silencio administrativo. Derechos a la seguridad jurídica, vivienda y propiedad. Amparo por omisión y silencio administrativo

0599-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	Por otra parte, el acto por el cual se dispone el cambio de la accionante vulnera el derecho a la seguridad jurídica protegido por la Constitución en el artículo 24, número 26, derecho que garantiza a las personas que la autoridad actúe de conformidad a la normativa vigente, es decir, respetando el principio de legalidad, sin arbitrariedad alguna.	Motivación. Derecho a la seguridad jurídica. Tramitación de un sumario administrativo. Ilegítimo traslado o cambio administrativo
0636-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	Negativa de daño inminente por excesivo transcurso de tiempo
0677-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	Sumario administrativo: Citación e imposición de sanciones antes de su terminación
0697-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	EMPRESA ELÉCTRICA PENÍNSULA SANTA ELENA C.A. como Empresas Públicas. Amparo de compañía de seguros contra la Contraloría por registro como contratista incumplido por no pagar las garantías de buen uso del anticipo y de fiel cumplimiento
1180-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	El amparo no requiere pago de tasa judicial. Descentralización y competencia. Debido proceso para destitución. Motivación. Daño no es sólo patrimonial
1278-2006-RA	226-S, 5-XII	Tercera	---	Desalojo del INDA. Inexistencia de daño por cuanto los títulos de propiedad en discusión no se intersecan entre sí
0513-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Falta de prueba. Requisitos del silencio administrativo. Alcance del derecho de petición
0852-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Ilegitimidad de terminación de relación de

				servicio de un servidor que no lo es de libre nombramiento y remoción ni con sumario administrativo. Ámbito de la autonomía municipal
0863-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Ilegítima sanción en las Fuerzas Armadas: Falta de competencia, debido proceso y motivación
0876-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Ilegítima de supresión de puestos por falta de informes previos. Primacía de una ley orgánica sobre un decreto ejecutivo
0914-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Disminución del bono de responsabilidad debió impugnarse como inconstitucionalidad de acto normativo y no como amparo
0951-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Desvinculación de un trabajador tercerizado de la municipalidad no puede ser impugnada mediante amparo
0966-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Improcedencia del amparo por terminación unilateral de contrato cuando se discuten asuntos de mera legalidad
0968-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Amparo sobre acto cuya demanda de inconstitucionalidad fue desechada. Carrera judicial y períodos de funcionarios judiciales previstos en la Ley Orgánica de la Función Judicial
0972-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Falta la inminencia de daño grave si el acto impugnado ocurrió en un tiempo lejano
0990-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	Legitimidad de inicio sumario por autoridad nominadora
1388-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	---	“... la única prueba válida para comprobar si es que había ingerido bebidas alcohólicas el

				accionante, era por medio de la prueba de la Alcoholemia”. Indebida proporcionalita de falta y sanción. No consideración de antecedentes del sancionado
1420-2006-RA	230-S, 12-XII	Tercera	“SÉPTIMA.- El artículo 23, número 3, de la Constitución Política garantiza el derecho a la igualdad ante la Ley, derecho que no solo significa que la ley no debe realizar diferenciaciones injustificadas e innecesarias, sino también a que la ley sea aplicada de la misma manera a todas las personas que se encuentren en los supuestos que ella establece. Dentro del bloque de legalidad, se encuentran los reglamentos, respecto de los cuales también las autoridades que las aplican deben garantizar que será respetado el derecho a la igualdad.”	Falta de prueba por la que se sanciona disciplinariamente a un policía. Aplicación de distintas sanciones por la misma infracción atenta al derecho fundamental de igualdad ante la ley
0048-07-RA	233-S, 17-XII	Primera	---	Amparo: requisitos, no requiere prueba del derecho. Las resoluciones dictadas por los Tribunales de Disciplina de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas son administrativas no judiciales. Derecho a la defensa. Prueba ilícita. Motivación tutela judicial efectiva. Autonomía de la Policía y Fuerzas Armadas. “Concepto de fumus boni juris o apariencia de buen derecho”
0100-07-RA	233-S, 17-XII	Primera	---	“La terminación de un contrato celebrado con la administración pública, en esencia, no constituye acto administrativo”.
0276-07-RA	233-S, 17-XII	Primera	---	No cabe amparo respecto de los actos de naturaleza contractual

0748-07-RA	233-S, 17-XII	Primera	---	Falta de relación directa entre los actos impugnados y la violación de derechos alegada
758-2007-RA	233-S, 17-XII	Primera	---	Falta de proporcionalidad entre infracción y sanción
0951-07-RA	233-S, 17-XII	Primera	---	Amparo por la omisión ilegítima de declarar en liquidación forzosa a una aseguradora por falta de cumplimiento de sus obligaciones
0185-2006-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	Indeterminación de derechos constitucionales violados. Improcedencia de amparo por una relación contractual
0275-2006-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	No cabe amparo por juicios coactivos que se basan en relación contractual. No cabe la presentación de varias acciones de amparo por la misma causa. Registro de la audiencia de una acción de amparo
334-2006-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	Legítimo sumario administrativo. Cuestiones de legalidad no son objeto de amparo
0346-2006-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	Improcedencia de impugnar por la acción de amparo una convocatoria a lecciones de un gremio al no provenir de autoridad pública ni afectar derechos comunitarios, colectivos o difusos
0643-2006-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	No Cabe fuero policial cuando el policía está franco. Exceso de tiempo en situación de disponibilidad.
0235-2007-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	Ilegítima terminación de relación de servicio civil sin procedimiento alguno. Derecho a la defensa. Motivación.
0870-07-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	Falta de la debida motivación de un acto por

				su incongruencia con actos anteriores. Violación al debido proceso. Cabe aparo contra ejercicio de coactiva por cuanto no es propiamente actividad jurisdiccional
1133-07-RA	234-S, 18-XII	Segunda	DÉCIMA.- Del estudio de la presente ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL, se evidencia que ha sido infringido el Art. 119 de la Constitución Política del Estado, que determina que los Funcionarios Públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley... pues en la elaboración del Informe Técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007, de 22 de junio del 2007, intervinieron sin competencia y sin observar lo dispuesto por la Gerencia General de Aduanas.	Elementos del acto administrativo. Las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y por lo tanto legitimadas activas en el amparo. No es necesaria la participación del Procurador General del Estado en el amparo. Amparo no es residual. Criterios de valoración en aduana de importaciones. Competencias del Gerente General y de los gerentes distritales de aduanas. Seguridad jurídica. Debido proceso.
1180-2007-RA	234-S, 18-XII	Segunda	---	Toda violación de un derecho constitucional por ese mismo hecho implica un daño. Pérdida de inminencia por transcurso del tiempo.
0467-2007-RA	238-S, 22-XII	Pleno	---	Incompetencia en razón del territorio. (Con V.S.: derecho de petición, debido procesos y seguridad jurídica)
0528-07-RA	238-S, 22-XII	Primera	---	Prueba ilícita. Derecho a la defensa. Presunción de inocencia
0804-07-RA	238-S, 22-XII	Primera	---	Cargos de libre nombramiento y remoción e la Contraloría General del Estado. Primacía de ley especial entre dos leyes orgánicas
0341-2006-RA	240-S, 27-XII	Tercera	---	Arbitrariedad de reglas de un concurso público. Igualdad de acceso a la educación superior. Seguridad jurídica. Forma de

				amparar el derecho afectado.
0474-2006-RA	240-S, 27-XII	Tercera	---	Desistimiento por falta de comparecencia del actor a la audiencia. Justificación extemporánea de fuerza mayor
0899-2006-RA	240-S, 27-XII	Tercera	---	Falta de inminencia por transcurso del tiempo
0439-2007-RA	240-S, 27-XII	Tercera	---	Competencia de la Superintendencia de Bancos respecto de pólizas. Derechos a la seguridad jurídica, debido proceso y defensa en la realización de exámenes especiales de la Contraloría
0932-2007-RA	242-2S, 29-XII	Pleno	---	No cabe amparo contra instauración de un sumario administrativo por el que precisamente se garantizan los derechos del servidor (V.S. falta de justificación suficiente para su instauración).

**Anexo No. 4**  
**RESOLUCIONES DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**  
**ANALIZADAS EN LA PRESENTE TESIS**

A continuación se transcriben las resoluciones que son analizadas en la tesis por estar vinculadas al principio que se examina. Para facilitar la ubicación de los aspectos que a nuestro juicio se hallan relacionados al principio de legalidad, estos se han resaltados.

**1.-** Suplemento del Registro Oficial No. 224, 3 de Diciembre de 2007 / No. 0141-2006-RA

“LA TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 0141-2006-RA

ANTECEDENTES:

El señor Edison Alonso Torres Calderón, comparece ante el Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha y formula demanda de amparo constitucional de conformidad con lo que disponen los artículos 95 de la Constitución Política de la República y 46 de la Ley de Control Constitucional, en contra del Ministro de Obras Públicas y Directora Técnica de Área de la Gestión de Recursos Humanos del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. El accionante en lo principal manifiesta:

Que mediante acción de personal No. 01.2004.01.17. No. 5 de 13 de enero de 2004, ingresó al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones en calidad de Director Técnico de Área de Análisis de Estudios Técnicos, en la Subsecretaría de Concesiones; que el 10 de mayo de 2005 fue notificado con la acción de personal No. PGRH N.RDP.001, mediante la cual el Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, acuerda remover de su puesto al accionante, la misma que fue expedida con fecha 28 de Abril de 2005;

Que no se le notificó inmediatamente con la acción de personal, sino que, con el oficio No. 014-GRH-05, de 5 de mayo de 2005, dirigido a su persona, suscrita por la Directora de Recursos Humanos (E), le indica que no ha sido acatada por el suscrito, la disposición impartida por el señor Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 12 de 22 de abril del 2005, que dejó sin efecto todos los nombramientos de libre remoción;

Que con oficio No. 003-GRH-05 del 29 abril del 2005, la Directora de Recursos Humanos comunica al Subsecretario de Concesiones (E), notificar a las personas que han ingresado a la institución mediante nombramiento de libre remoción, contratos de servicios profesionales y ocasionales así como comisiones de servicios interinstitucionales expedidos desde el 15 de enero del 2003 hasta el 20 de abril del 2005, quedando sin efecto dichos nombramientos y contratos; oficio que le fue comunicado el 3 de mayo de 2005, sin que el accionante tenga la calidad de funcionario de libre nombramiento o remoción;

Que el cargo que desempeñaba fue de Director Técnico de Área de Análisis de Estudios Técnicos de la Subsecretaría de Concesiones, ubicado dentro de un proceso dependiente

de un Macroproceso Generador de Valor como es la Subsecretaría de Concesiones y este a su vez del Despacho del Ministro de Obras Públicas, conforme lo establece el Acuerdo Ministerial No. 074, publicado en el Registro Oficial. No. 221 de 11 de diciembre de 2000, titular y segunda autoridad respectivamente, por lo tanto, no se encuentra incluido en esta categorización, sino en un rango de jerarquía inferior, es decir, no titular ni segunda autoridad de la Institución;

Que la estructura a la que se hace referencia se ha reformado en varios Acuerdos Ministeriales de los años 2004, siendo el último el No. 003, publicado en el Registro Oficial. No. 515 de 31 de enero de 2005, y por ello es que su remoción del cargo no es legal, al no estar inmerso en lo dispuesto en el artículo 93 literal b) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, cuerpos legal y reglamentario que determinan los cargos de libre nombramiento y remoción.

Con estos antecedentes interpone recurso de amparo constitucional, y solicita se adopten las medidas urgentes y necesarias para evitar el daño que le causa el acto emitido por el Ministro de Obras Públicas y Directora Técnica de Área de la Gestión de Recursos Humanos de dicho Portafolio.

En audiencia pública llevada a efecto el 14 de junio de 2005, con la concurrencia de las partes, los demandados en lo principal manifiestan que niegan los fundamentos de la acción, ya que el accionante al haber sido designado Director Técnico de Área de Análisis de Estudios Técnicos, en la Subsecretaría de Concesiones era un funcionario de libre remoción, incurso además en lo determinado en el Decreto Ejecutivo No. 12 de 22 de abril de 2005 que como habilitante adjunta; que su nombramiento corresponde a los de libre remoción, aunque pretenda con el presente recurso de amparo estar incurso en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, negando, erróneamente, su condición de Director de la Institución que cumplía funciones propias de su jerarquía; que la remoción del cargo del accionante es un acto legítimo sustentado en su condición de Director Técnico de Área, y por tanto sujeto a la libre remoción, así como con sujeción a lo dispuesto por el Presidente Constitucional de la República, por lo que solicita se rechace la demanda ya que no existe violación constitucional, además que el accionante no precisa cual es la norma supuestamente irrespetada, limitándose a señalar algunos artículos de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, pretendiendo ampararse en ella, cuando son normas que no cubren a un Director Técnico de Área que era su cargo.

La delegada de la Procuraduría General del Estado manifiesta que la acción de amparo constitucional planteada es improcedente porque impugna un acto de una autoridad pública, en este caso al Ministro de Obras Públicas, que al estar cumpliendo con el Decreto Ejecutivo No. 12 expedido en Abril de 2005, dejó sin efecto todos los nombramientos de libre remoción que ingresaron a prestar sus servicios desde el 15 de enero del 2003 hasta el 20 de Abril de 2005; aduce que el actor no debió impugnar el acto administrativo vía amparo constitucional sino por un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, pues el recurso contencioso administrativo puede interponer según el artículo 2 de la Ley de Contencioso Administrativo, contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos y reconocidos por una Ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de una disposición de carácter

general, si con esta infringe la Ley en la cual se originan esos derechos, ya que su cargo es de libre remoción y como consecuencia se encuentra excluida de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, por lo que el Ministro de Obras Públicas actuó apegado a derecho, amparado en un Decreto que está en vigencia en el ordenamiento jurídico y no ha sido derogado ni declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por lo que solicita se rechace la acción de amparo constitucional.

El Juez Primero de lo Civil de Pichincha, el 13 de julio del 2005, resuelve rechazar la acción de amparo constitucional, la misma que es impugnada mediante recurso de apelación para ante el Tribunal Constitucional.

Con los antecedentes expuestos, la TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL para resolver realiza los siguientes:

#### CONSIDERANDO

PRIMERA.- Que, la Sala es competente para conocer y resolver sobre la presente causa, de conformidad con los artículos 276 numeral 3 de la Constitución de la República y 12 y 62 de la Ley del Control Constitucional;

SEGUNDA.- Que, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que el proceso es válido y así se lo declara;

TERCERA.- Que, la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución, de manera sustancial tutela los derechos, garantías y libertades de las personas, consagrados en el texto constitucional, contra actos ilegítimos de autoridad pública y que de modo inminente amenace con causar un daño grave;

CUARTA.- Que, del texto constitucional y de la normativa singularizada en la Ley del Control Constitucional se establece de manera concluyente que, la acción de amparo constitucional es procedente cuando: a) existe un acto ilegítimo, b) que siendo violatorio de un derecho subjetivo constitucional, c) amenace o cause un daño grave e inminente en perjuicio del peticionario, es decir, que los tres elementos descritos para la procedencia de la acción de amparo deben encontrarse presentes simultáneamente y de manera unívoca;

QUINTA.- Que, un acto u omisión es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad pública que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, o su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o es arbitrario o con indebida o falta de motivación;

SEXTA.- Que, el acto impugnado mediante la presente acción es el contenido en la Acción de Personal No. PGRH. N.RDP.001 emitido el 28 de abril del 2005 por el Ministro de Obras Públicas, que en su parte explicativa dice lo siguiente: “EL MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES.- En uso de las Facultades Legales de las que se halla investido, ACUERDA: Remover del puesto de Director Técnico de Área, de Análisis de Estudios Técnicos de la Subsecretaría de Concesiones, al Ingeniero TORRES CALDERÓN EDISON ALONSO, al amparo de lo que dispone el Art. 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y

de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y del Decreto Ejecutivo No. 12 de 22 de abril de 2005”, constante a fojas 01 del expediente;

SÉPTIMA.- Que, en un caso similar, esta Sala dentro de la causa No. 0032-06-RA, se pronunció al respecto en el sentido de que: “La autoridad accionada señala que su actuación ha sido en cumplimiento del Decreto Ejecutivo No. 12, expedido por el Presidente Constitucional de la República, Dr. Alfredo Palacio G., por el cual se decreta: “Dejar sin efecto los nombramientos de los funcionarios de libre remoción, los contratos de servicios profesionales y ocasionales y dar por terminadas las comisiones de servicios institucionales, expedidas y ejecutadas por el gobierno del destituido Presidente de la República, Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa, desde el 15 de enero de 2003 hasta el 20 de abril de 2005”, cuya copia obra de fojas 144 del proceso; sin embargo es preciso realizar el siguiente análisis: El Art. 119 de la Constitución Política de la República dispone que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común; el aludido Decreto Ejecutivo, por el cual se deja sin efecto los contratos celebrados entre el COPOE y los accionantes, es contrario a la Carta Magna, por lo cual, la Presidenta de la citada entidad, como autoridad administrativa, debió sujetarse a las normas constitucionales para garantizar los derechos de los comparecientes, en estricta aplicación del Art. 272 de la Constitución Política del Estado.” En tal sentido, esta Sala es del criterio de que la remoción del accionante de su cargo de Director Técnico de Área de Análisis de Estudios Técnicos de la Subsecretaría de Concesiones, del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en base al Decreto Ejecutivo de la referencia, no procede, por las razones expuestas en este considerando; y,

OCTAVA.- Que, si bien es cierto que el accionante ostenta el cargo de Director Técnico del Área de Análisis de Estudios Técnicos de la Subsecretaría de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, cargo señalado por la autoridad demandada como de libre nombramiento y remoción, también es cierto que el artículo 92 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en vigencia, detalla en su parte pertinente a los servidores públicos que se encuentran excluidos de la carrera administrativa, es decir, los cargos que son de libre nombramiento y remoción, entre los que se encuentran: “b) ... ; los directores, gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado...”, especificación en la cuál no se encuentra inmerso el accionante, por cuanto a pesar de tener el cargo de Director, no es titular o segunda autoridad dentro del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, por lo que es evidente la violación de derechos constitucionales de la que ha sido objeto, especialmente de los derechos consagrados en los artículos 23 numeral 27, pues se ha perturbado el derecho a la seguridad jurídica, al haber sido removido de forma arbitraria de sus funciones, que como ya se mencionó en el considerando precedente, el mentado decreto ejecutivo está en contradicción con la Carta Magna; se ha vulnerado el artículo 35, en razón de que el recurrente ha sido privado de su trabajo, afectándose de esta forma el principio de la intangibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos; además del artículo 124 de la Carta Política del Estado.

Con las consideraciones expuestas, la TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL;

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución del Juez de instancia constitucional, en consecuencia, conceder la acción de amparo constitucional propuesta por Edison Alfonso Torres Calderón;

2.- Devolver el proceso al Juez de origen para los fines previstos en los artículos 55 y 58 de la Ley de Control Constitucional.- NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE”.

2.- Suplemento del Registro Oficial No. 224, 3 de Diciembre de 2007 / No. 0524-2006-RA

“TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el Caso No. 0524-2006-RA.

ANTECEDENTES:

CARLOS ULISES ARIAS NARANJO comparece ante el Juez Tercero de lo Civil de Esmeraldas e interpone acción de amparo constitucional en contra del Procurador General del Estado y el Vicepresidente y representante legal de PETROINDUSTRIAL; en lo principal, el accionante manifiesta:

Que el Congreso Nacional expidió la Ley Especial No. 45 que contiene la LEY DE LA EMPRESA ESTATAL PETROLERA (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES, promulgada en el Registro Oficial No. 283 del 26 de septiembre de 1989; que el Presidente de la República, Dr. Rodrigo Borja Cevallos, decretó el REGLAMENTO GENERAL No. 935 a la LEY ESPECIAL DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEO DEL ECUADOR (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES.

Que el 28 de noviembre del año 2000, en la ciudad de Quito, el representante legal de PETROINDUSTRIAL y el Comité de Empresa Nacional de Trabajadores de PETROINDUSTRIAL “CETRAPIN”, celebraron el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo; que los funcionarios excluidos del Contrato Colectivo del sistema PETROECUADOR se encuentran determinados por el Consejo de PETROECUADOR, mediante resolución que se adjunta al citado Contrato Colectivo. Que como trabajadores están sometidos al Código de Trabajo, de conformidad con el Art. 5, literal g) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Que mediante Oficio No. 5136-PIN-UL.2005 de diciembre 22, el Vicepresidente de PETROINDUSTRIAL, Ing. César Hidalgo Gines, dirige al Procurador General del Estado una Consulta, referente al Caso Ing. Carlos Arias, y un Memorando No. 889-PIN-UL-2005 de 10 de noviembre de 2005, que contiene un criterio legal sobre la consulta formulada respecto del caso Ing. Carlos Arias, en el cual se señala en el numeral 3 del referido criterio legal: “Al ex trabajador se le pagó equivocadamente lo que prescribe el Art. 376 del Código de Trabajo, aún cuando esa norma no es aplicable

para ningún trabajador del sector público”, y en el numeral 4, dice lo siguiente: “La Contraloría General del Estado emitió un informe del examen especial realizado a los pagos efectuados a los trabajadores que salieron por separación voluntaria de PETROECUADOR y sus empresas filiales, por el período comprendido del 1 de abril de 2003 al 31 de agosto de 2004, en la que recomienda se realice una reliquidación de los pagos realizados al Ing. Carlos Ulises Arias Naranjo”.

Que en la empresa PETROINDUSTRIAL, filial de PETROECUADOR, se encuentra vigente el VI Contrato Colectivo, pues no se ha suscrito una nueva revisión del mismo; que existe el criterio del Procurador General de PETROECUADOR, mediante Memorando No. 1178-PRO-P-2003, de fecha 27 de agosto de 2003, en el cual manifiesta que debe cumplirse conforme la base legal el pago de las contribuciones por separación voluntaria, de conformidad con el Contrato Colectivo, a fin de que se respeten los derechos de todos los funcionarios y trabajadores, así como sean atendidos los reclamos que se hayan originado o se presenten a futuro, dentro de los términos legales, como muestra de autenticidad con el que este gobierno quiere que se reoriente la administración en el sector petrolero.

Que el 17 de noviembre de 2003 presentó, a través de la Inspectoría de Trabajo de Esmeraldas, desahucio a su empleadora PETROINDUSTRIAL, de conformidad con el Art. 184 del Código de Trabajo, para que se le pague su liquidación e indemnización, como lo establecen las cláusulas 14 y 41 del Contrato Colectivo y artículo 185 del Código Laboral; que con la empleadora firmó un Acta de liquidación, finiquito de haberes y desahucio el 6 de enero de 2004 ante el Inspector de Trabajo de Esmeraldas, quedando pendiente la obligación de pago por concepto de Contribución por Jubilación, Cláusula 42 del Contrato Colectivo; que no se dio cumplimiento a dicha Acta ni quedaron extinguidas todas las obligaciones de la misma, por lo que insistió en su reintegro a la empresa.

Que por sus conocimientos y experiencia en el manejo en la Refinería Esmeraldas, fue contratado para ejercer las funciones de Superintendente General de la Refinería Esmeraldas, mediante Resolución No. 2005124, encargándosele la misma desde el 5 de julio de 2005 hasta el 21 de septiembre de 2005, en que mediante Resolución No. 2005146 se le encargó las funciones de Jefe de la Unidad Técnica de la Refinería Esmeraldas, hasta el 23 de marzo de 2006, en que se le notificó con la separación de sus funciones.

Que una vez que fue contratado por la empresa, al no haber concluido las relaciones laborales, pues estaban pendientes las obligaciones derivadas del desahucio, solicitó a PETROINDUSTRIAL que se consulte al Procurador General del Estado, a fin de que se determinen mecanismos para devolver la liquidación indebida que le hizo Petroindustrial y que el compareciente cobró.

Que en razón de que la Contraloría recomendó que se recuperen estos valores indebidamente pagados por Petroindustrial, solicitó que se le descuenta de sus haberes, y por ello, mediante Memorando sin número REE-SPG-FIE-04 del 15 de octubre de 2004, el Superintendente de la Refinería Esmeraldas, informa que por haberse omitido el descuento de los valores del Acta de Liquidación y Finiquito de haberes y Desahucio, se procederá a recuperar lo adeudado y retener los valores que por diferentes conceptos tenga que cobrar en la Refinería Esmeraldas, y luego, mediante Memorando No. 384-

REE-FIE-2005 de 8 de noviembre de 2005, el Dr. Oswaldo Sánchez Quintero informa que los valores señalados en el Memorando del Superintendente de la Refinería Esmeraldas, se han venido y continúan descontando.

Que al haberse iniciado la consulta para devolver los dineros al Estado y estando devolviendo los mismos a través de sus remuneraciones, el Procurador General del Estado manifiesta que, como ex trabajador de Petroindustrial, no debía habérselo contratado nuevamente, de conformidad con la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, además de que, en uno de sus párrafos indica también que no hay justificación para que su liquidación sea sometida a un contrato colectivo, por estar sujeto a la LOSSCA, y termina manifestando el Procurador del Estado que su nombramiento o contrato suscrito por el Vicepresidente de PETROINDUSTRIAL adolece de nulidad.

Que se ha vulnerado su derecho al trabajo consagrado en el Art. 35 de la Constitución de la República, especialmente los numerales 4 y 5; Art. 97, numerales 1 y 13 de la Carta Magna; 23, numeral 26 de la seguridad jurídica, y violación a las cláusulas contractuales señaladas en el Contrato Colectivo con Petroindustrial.

Por lo cual solicita se deje sin efecto el Oficio No. 22812 del 14 de febrero de 2006, suscrito por el Procurador General del Estado y dirigido al Vicepresidente de Petroindustrial, por el cual se declara nulo su nombramiento en la citada empresa y se limita su indemnización por terminación de su relación laboral a mil dólares por cada año de servicio, con un máximo de treinta mil dólares, el mismo que ha servido para que el Vicepresidente de Petroindustrial, mediante Resolución No. 2006031 del 23 de marzo de 2006, lo destituya de su trabajo; así mismo solicita se suspenda el reintegro del desembolso indebido ocasionado por Petroindustrial.

En la audiencia pública entre las partes, celebrada el 21 de abril de 2006, el compareciente se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de su acción; en tanto que, el Delegado del Procurador General del Estado manifiesta lo siguiente: Que el accionante, en su escrito de interposición del presente recurso reconoce ser servidor de libre remoción, que ha desempeñado funciones de dirección, por tanto la relación que lo une con Petroindustrial caen en el campo del derecho administrativo y cualquier inconformidad debe reclamarla ante los órganos administrativos que, para el efecto lo estatuye el Reglamento Orgánico Funcional de la Función Ejecutiva y la LOSSCA.

Que el accionante da la razón a la Procuraduría cuando reconoce que la liquidación recibida, fue indebidamente practicada y que le entregaron un monto que no correspondía, basado en el Art. 376 del Código de Trabajo, cuando debió aplicarse la cláusula correspondiente del VI Contrato Colectivo de Trabajo; es decir, que la relación entre el accionante y Petroindustrial esta reglada por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y no por el Código de Trabajo; que en razón del pago indebido que se le ha hecho por los rubros señalados en el Acta de liquidación por derechos laborales por más de cien mil dólares, que ha sido reconocido por el Ing. Carlos Arias Naranjo, se encuentran iniciadas las acciones legales pertinentes, tanto por la Procuraduría General del Estado, como por la Contraloría General del Estado para establecer los funcionarios responsables de este pago indebido.

Que en la absolución de la consulta realizada por el Vicepresidente de Petroindustrial, se ha contado con el criterio del Jefe de la Unidad Legal de Petroindustrial, en el cual se establece que el accionante, a más de haber dejado de ser funcionario de Petroindustrial, tenía derecho a recibir la cantidad de treinta mil dólares por su liquidación, esto es, de conformidad con la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

Que al absolver la consulta realizada, jamás se han vulnerado derechos subjetivos constitucionales que afecten al actor de este amparo constitucional; por lo que solicita se rechace la presente acción.

Por su parte, el Vicepresidente de Petroindustrial, manifiesta lo siguiente: Que Petroindustrial, al ser una empresa del sector público, rige sus actuaciones laborales con sus trabajadores al amparo del Código de Trabajo, por tanto no está sometida a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, manteniendo vigente un contrato colectivo de trabajo.

Que al dejar insubsistente el trabajo del Ing. Carlos Arias Naranjo, Petroindustrial no ha hecho otra cosa que acatar lo manifestado por el Procurador General del Estado, mediante Oficio No. 22812 del 14 de febrero de 2006; por lo que solicita se niegue el recurso interpuesto.

El Juez Tercero de lo Civil de Esmeraldas, mediante resolución expedida el 28 de abril de 2006, niega la acción, por considerar que, de conformidad con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de junio de 2001, en su Art. Segundo, dispone que no procede el amparo en los actos normativos expedidos por una autoridad pública, que no se puede suspender los efectos de la consulta emanada del Procurador General del Estado, la cual ha sido acatada por Petroindustrial; que no existe violación de derechos constitucionales establecidos en el Art. 23 de la Constitución Política y cualquier reclamación que provenga de los efectos de la consulta de la Procuraduría, debe ventilarse mediante el procedimiento contencioso administrativo y no mediante acción de amparo constitucional. De esta resolución apela el accionante para ante el Tribunal Constitucional.

Encontrándose el presente caso en estado de resolver, para hacerlo, se realizan las siguientes:

#### CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 62 de la Ley del Control Constitucional.

SEGUNDA.- No se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que el proceso es válido y así se lo declara.

TERCERA.- La acción de amparo constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución y el artículo 46 de la Ley del Control Constitucional, procede cuando coexisten los siguientes elementos: a) Acto ilegítimo de autoridad

pública; b) Que ese acto haya causado, cause o pueda causar un daño inminente y grave; y, c) Que ese acto vulnere los derechos consagrados en la Carta Fundamental o los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador.

CUARTA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación; por tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado, no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa e objeto.

QUINTA.- La pretensión del accionante es que se suspenda definitivamente los efectos del Oficio No. 22812 del 14 de febrero de 2006, suscrito por el señor Procurador General del Estado, dirigido al Vicepresidente de Petroindustrial, por el cual se declara nulo su nombramiento en la citada empresa y se limita su indemnización por terminación de su relación laboral a mil dólares por cada año de servicio, con un máximo de treinta mil dólares, el mismo que ha servido para que el Vicepresidente de Petroindustrial, mediante Resolución No. 2006031 del 23 de marzo de 2006, lo destituya de su trabajo.

SEXTA.- El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, establece las funciones que, de manera privativa, le corresponde al titular de dicho órgano, entre otras: literal e), la de "...Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico..." (lo subrayado es de la Sala), siendo el pronunciamiento obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada. La forma en la que el Procurador General del Estado ha de cumplir con esta función, está contenida en el artículo 13 ibídem.

Sobre el contenido de tales disposiciones es pertinente indicar que, en efecto, los dictámenes del referido funcionario son vinculantes para la entidad consultante; sin embargo, corresponde también indicar que en el caso que nos ocupa, el Procurador General del Estado en su dictamen, más allá de inteligenciar al Vicepresidente de PETROINDUSTRIAL, realiza un análisis indebido de los Arts. 15, 22 e inciso Segundo de la Disposición General Décimo Quinta de la LOSSCA, pues, estas normas jurídicas no son aplicables para el caso del accionante, quien estaba sujeto al Código de Trabajo y concretamente, al contrato colectivo. Por tanto, las indemnizaciones y más liquidaciones a su favor debían atenerse a las disposiciones del señalado cuerpo legal.

SÉPTIMA:- El accionante señala en su libelo de demanda que trabajó en Petroindustrial, sujeto a las disposiciones contenidas en el Código de Trabajo; así mismo, indica que estaba amparado por el Sexto Contrato Colectivo celebrado entre la citada empresa estatal y el Comité de Empresa Nacional de Trabajadores. De la revisión del proceso se advierte, de fojas 53 a 89 un ejemplar del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo de Trabajo, celebrado entre la Empresa Estatal de Industrialización de Petróleos del Ecuador (PETROINDUSTRIAL) y el Comité de Empresa Nacional de los Trabajadores de Petroindustrial "CETRAPIN", el mismo que, de conformidad con la cláusula 9, tiene un plazo de vigencia de tres años, contados desde el 1 de enero del

2000; y, que “Para el caso de no suscribirse el VII Contrato Colectivo dentro del plazo previsto, continuará vigente el presente...”. Así mismo, en la cláusula 7, se señala a los funcionarios excluidos del referido contrato colectivo, entre los que se mencionan a: “Los funcionarios que por disposición del Art. 35, numeral 9, inciso 4 de la Constitución Política de la República ejerzan funciones de Dirección, Gerencia, Representación, Asesoría y Jefaturas Departamentales o equivalentes, cuyos cargos se encuentran determinados por el Consejo de Administración de PETROECUADOR mediante la Resolución 215-CAD-96 del 11 de julio de 1996, que se adjunta a este contrato, conforme lo establece el Art. 9 de la Ley Especial de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales...”.

OCTAVA.- De fojas 70 de los autos, consta el Anexo No. 1, Listado Personal Excluido, Resolución No. 215- CAD-96-07-11, el cual contiene la nómina de los cargos y puestos excluidos del Contrato Colectivo referido en el considerando que antecede. De la revisión del listado se establece que el accionante no ocupaba ninguno de estos cargos durante su relación laboral con Petroindustrial, ya que su última función, era la de Especialista de Mantenimiento III, como consta del Acta de Liquidación y Finiquito de Haberes y Desahucio, que corre de fojas 16 a 18; consecuentemente, el compareciente estaba sujeto al Código de Trabajo y, por tanto, amparado por el VI Contrato Colectivo suscrito entre Petroindustrial y sus trabajadores; y, de ninguna manera sujeto a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, como erradamente sostiene el Procurador General del Estado en el Oficio que se impugna en la presente acción.

Se deja constancia que, no es de competencia de la Sala analizar la legalidad o no de los valores que, por concepto de liquidación de haberes, finiquito y desahucio, le correspondieren o hayan sido entregados al accionante.

NOVENA.- En cuanto a la nulidad del nombramiento otorgado al accionante, con el cual reingresó a laborar en Petroindustrial, no tiene fundamento el pronunciamiento del Procurador General del Estado, ya que las disposiciones legales invocadas por dicho funcionario, en el Oficio materia de la presente impugnación, son aplicables para quienes hayan sido empleados sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y no a los que estaban amparados en el Código de Trabajo, como el accionante, conforme ha quedado señalado en el presente caso. Al reingresar el accionante a laborar en Petroindustrial, en calidad de Superintendente General de la Refinería Esmeraldas y luego como Jefe de la Unidad Técnica de la Refinería Esmeraldas, es a partir de entonces que su relación laboral se sujeta a las disposiciones de la LOSSCA, pues los cargos mencionados estaban expresamente excluidos de la contratación colectiva, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 35, inciso segundo de la Carta Política del Estado.

DÉCIMA.- Con el criterio emitido por el Procurador General del Estado se induce al Vicepresidente de Petroindustrial a la expedición de un acto administrativo que contraviene una norma legal expresa, contenida en el artículo 93 letra b) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ya que el puesto ocupado por el accionante no está comprendido en el literal b) del Art.92 del mismo cuerpo de leyes.

Vale decir que la Procuraduría General del Estado, es un órgano de administración consultiva al que le corresponde precautelar la legalidad y legitimidad de las actuaciones de la administración pública en general, a través de sus pronunciamientos, por lo que, precisamente por tal motivo, debe atenerse en el ejercicio de sus funciones, a los límites que le impone la Constitución y la Ley, acorde al principio de legalidad contenido en el artículo 119 de la Carta Fundamental.

DÉCIMO PRIMERA.- El nombramiento expedido, como Jefe de la Unidad Técnica de la Refinería Esmeraldas, por el Vicepresidente de Petroindustrial, mediante Resolución No. 2005146, determinó la creación de derechos a favor del accionante, razón por la cual no cabe que la autoridad lo revoque por sí misma, pues para ello el ordenamiento jurídico ha previsto la acción de lesividad, conforme establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en sus artículos 23, d) y 24, b), por lo que cualquier otra forma de dejarlo sin efecto es ilegítima por contrariar el ordenamiento jurídico correspondiente.

Al existir nombramiento otorgado a favor del accionante, éste debe ser cumplido, por las características de legitimidad y ejecutoriedad de todo acto administrativo, sin que la Sala pueda emitir pronunciamiento alguno sobre la legitimidad o ilegitimidad de dicho acto (nombramiento), por no ser objeto de la presente acción de amparo. En todo caso, si se estima que el nombramiento que se deja sin efecto ha sido expedido contrariando el ordenamiento jurídico vigente, el accionante no puede sufrir las consecuencias del error de la administración, tal como lo dispone el Art. 20 de la Constitución Política de la República.

Por lo expuesto y en ejercicio de sus atribuciones, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional;

**RESUELVE:**

1.- Revocar la Resolución del Juez inferior; en consecuencia, aceptar parcialmente el recurso de amparo propuesto por Carlos Ulises Arias Naranjo, en cuanto a dejar sin efecto el Oficio No. 22812 del 14 de febrero de 2006, suscrito por el Procurador General del Estado, así como la Resolución No. 2006031 del 23 de marzo de 2006, suscrito por el Vicepresidente de Petroindustrial; y, negar la petición de que se suspenda el reintegro del desembolso efectuado a Petroindustrial,

2.- Devolver el proceso al juez de instancia constitucional para los efectos determinados en los artículos 55 y 58 de la Ley de Control Constitucional.-  
**NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.-**

**3.-** Suplemento del Registro Oficial No. 226, 5 de Diciembre de 2007 / No. 0599-2006-RA

**TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**ANTECEDENTES:**

Carmita del Rocío Chamba comparece ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Zamora Chinchipe, Yantzaza, y fundamentada en los artículos 95 de la Constitución Política del Estado y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, deduce acción de amparo constitucional en contra del Jefe de Área de Salud No. 2 de Yatzasa del Ministerio de Salud y Técnico A encargada del Proceso de Gestión de Recursos Humanos.

En lo principal manifiesta que mediante acción de personal sin número y acuerdo inconstitucional 064 del 9 de Junio del 2005, inscrita con el número 055 de la misma fecha, el Jefe del Área de Salud dispone el traslado administrativo del cargo de Líder del Proceso de Gestión de Recursos Humanos y Servicios Institucionales, que venía ocupando desde el 2003, al de responsable del departamento de bodega como consecuencia de la reestructuración de personal. Señala que no se opuso al referido cambio por el lapso de 10 meses como prevé el artículo 67 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. vencido ese plazo, con acción de personal No. 1, acuerdo inconstitucional No. 012 del 6 de Abril del 2006, el Dr. Patricio Cabrera, Jefe de Área de Salud No. 2 de Yantzaza, dispone el reintegro a su puesto de trabajo; sin embargo, con acción de personal No. 1, acuerdo institucional No. 045 de 10 de abril de 2006, inscrito con el número 053 en esa misma fecha, el señor Patricio Cabrera y la señora Fulvia Fierro Valverde, Jefe de Área de Salud No. 2 de Yantzaza y Técnica encargada del Proceso de Gestión de Recursos Humanos, disponen un nuevo traslado administrativo para que preste sus servicios en el Departamento de Bodega, cargo que no existe en el distributivo institucional; por otro lado no se ha cumplido con los presupuestos establecidos por el artículo 38 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación para los traslados administrativos, ni con el artículo 67 del Reglamento a la Ley que establece la duración de los traslados administrativos por un máximo de 10 meses en un año.

Considera que su traslado vulnera los derechos consagrados en los artículos 23, numerales 3 y 26; 24 numeral 13; 35 numerales 3 y 4; 124 y 272 de la Constitución Política; 38, 39 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 67 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, razón por la que solicita se disponga el reintegro inmediato al cargo de Líder de Proceso de Gestión de Recursos Humanos y Servicios Institucionales.

En la audiencia pública realizada el 4 de Mayo del 2006, la accionante, en lo principal afirma y ratifica los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda. El accionado manifiesta que sin lugar a dudas el cambio administrativo obedece al nuevo distributivo de sueldos para el personal de Área de Salud No. 2, de Yantzaza, el mismo que abarca el puesto de guarda almacén; además, manifiesta que los continuos cambios y reformas para el sector público y en el ámbito administrativo en la actualidad ya no existe la denominación de Líder de Recursos Humanos y Servicios Institucionales. Si la reclamante no se encontraba conforme con el nuevo distributivo de personal, debió haber endilgado su amparo contra quienes ordenaron dicho sistema. Por lo expuesto, solicita se rechace la acción propuesta por improcedente por cuanto este asunto debe resolverse administrativamente a nivel interno.

El Juez Segundo de lo Civil de Zamora Chinchipe, Yantzaza, resuelve aceptar el amparo constitucional, resolución que es apelada por los demandados ante el Tribunal Constitucional.

Con estos antecedentes, para resolver, la Sala realiza las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone los artículos 95 y 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

TERCERA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto.

CUARTA.- El acto impugnado en esta acción constituye la acción de personal No. 1, Acuerdo No. 045, de 12 de abril de 2006, mediante el cual se encarga a la señora Carmita del Rocío Chamba el Departamento de Bodega del Área de Salud No. 2 de Yantzaza del Ministerio de Salud.

QUINTA.- Del análisis del expediente se establecen los siguientes hechos:

a) Con acción de personal sin numero, Acuerdo No. 04, con vigencia a partir del 9 de junio de 2005, la señora Carmita del Rocío fue cambiada administrativamente para cumplir funciones como Responsable en el Departamento de Bodega, de conformidad a lo estatuido en el artículo 67 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, es decir, por el período de 10 meses.

b) Por cumplido el plazo del traslado, mediante acción de personal No. 1 , Acuerdo No. 042, de 6 de abril de 2006, con vigencia a partir del 7 de los mismos mes y año, la servidora fue reintegrada como Profesional 1 en sus funciones en el Proceso Habilitante de Apoyo Gestión de Recursos Humanos y Servicios Institucionales;

c) No obstante lo dispuesto el 6 de abril de 2006, mediante acción de personal No. 1, Acuerdo No. 045, de 10 de abril de 2006, con vigencia desde el 12 de los mismos mes y año, se encarga a la accionante el Departamento de Bodega. Señala la acción referida que el encargo se realiza de conformidad a Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector

Público, del Régimen Interno de Administración de Recursos Humanos y el artículo 67 del Reglamento a la Ley mencionada.

SEXTA.- Habiendo dispuesto la Autoridad que la accionante regrese a sus funciones, por haber cumplido el tiempo reglamentario de duración de un traslado administrativo, es decir, de junio de 2005 a abril de 2006, a los tres días del mismo, se emite una acción de personal que, en esencia, bajo la denominación de encargo, dispone un nuevo traslado administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento a la Ley de la materia. Al respecto, cabe recordar que el referido artículo que regula esta figura de movimiento de personal, de manera previa a establecer los casos en que puede ser utilizada, estatuye las siguientes condiciones: a) Que el servicio sea en una unidad distinta a la de designación; b) Las funciones deben ser similares a las que cumpla en el puesto del que es titular; c) El período máximo de duración del traslado es de 10 meses en un año calendario; d) Se requiere informe previo de la unidad de la UARHs; f) La partida presupuestaria del servidor no se modifica.

En el caso del traslado a la accionante, éste constituye el segundo en un período anual, pues los primeros 4 meses del año 2006 concluía un traslado con vigencia desde junio de 2005; las funciones que va a desempeñar en la bodega son distintas a las que corresponde a la gestión de recursos humanos, funciones a las que fue reintegrada la accionante; no existe el informe favorable de la Unidad de Recursos Humanos.

Señalan los demandados que el traslado dispuesto responde a un nuevo distributivo de personal, mas no justifica tal aseveración, por el contrario , consta del proceso, en la página 14, el oficio No. 133 DHCY de 4 de mayo de 2006, dirigido por el Director del Área de Salud No. 2 de Yantzaza del Ministerio de Salud al Juez Segundo de lo Civil de Zamora Chinchipe con sede en Yantzaza, en el que se comunica que el traslado de la señora Rocío Chamba como encargada de Bodega tuvo el propósito de realizar las investigaciones correspondientes, mediante sumario administrativo, por la demora en el cumplimiento de un contrato de confección de muebles adjudicado en el período 2004-2005, en el que la accionante se desempeñó como Administradora.

La ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa no contiene disposición alguna que faculte a la Autoridad Nominadora disponer un cambio administrativo al servidor sometido a sumario administrativo, durante su duración y, de otra parte, el artículo 67 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, estatuye los casos en los que procede el cambio administrativo, esto es, necesidades de procesos de modernización, integrar proyectos institucionales o interinstitucionales, desarrollo de programas de capacitación, cubrir necesidades por concesión de licencias o comisiones de servicios y para efectos de aprendizaje y desarrollo en la carrera. El cambio dispuesto por otras causas, deviene ilegítimo por contrario al ordenamiento jurídico.

SÉPTIMA.- La tramitación de un sumario administrativo debe seguir su curso normal, observando las reglas del debido proceso, por lo que el cambio administrativo determinado para tramitarlo carece de sustento legal, por consiguiente, vulnera el derecho al debido proceso, garantizado en el artículo 24, número 13, de la Constitución que impone que las resoluciones que afectan a las personas deben contener los fundamentos de hecho y las principios jurídicos a ellos aplicables; en el caso de análisis, la referencia al artículo 67 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera

Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y de manera general a la Ley, no es aplicable al caso.

Por otra parte, el acto por el cual se dispone el cambio de la accionante vulnera el derecho a la seguridad jurídica protegido por la Constitución en el artículo 24, número 26, derecho que garantiza a las personas que la autoridad actúe de conformidad a la normativa vigente, es decir, respetando el principio de legalidad, sin arbitrariedad alguna.

OCTAVA.- Los resultados de la investigación realizada en el sumario administrativo que se sigue a la accionante determinarán si es o no responsable de alguna irregularidad o infracción y será en el ámbito de ese proceso que se adoptarán las medidas pertinentes; el haber decidido una medida como el cambio administrativo, paralela al sumario, no tiene justificación como medida preventiva legítima alguna, causando daño a la servidora precisamente por el carácter que adquiere este cambio administrativo, es decir, en cierto modo, sancionador, cuando no se ha establecido aún resultados de la investigación.

Por las consideraciones que anteceden, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, conceder el amparo solicitado y suspender de manera definitiva el acto impugnado;
- 2.- Disponer el reintegro de las accionante a sus funciones; y,
- 3.- Remitir el expediente al Juez de origen para el cumplimiento de los fines legales.-  
NOTIFÍQUESE y PUBLÍQUESE

4.- Suplemento del Registro Oficial No. 234, 18 de Diciembre de 2007 / No. 1133-07-RA

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el Caso signado con el Nro. 1133 -2007-RA

ANTECEDENTES

Comparece ante el Juez de lo Civil de Esmeraldas, el señor CARLOS DAVID ARELLANO VALDIVIEZO por los derechos que representa de la compañía LAVÍN S.A. en calidad de Gerente General y como tal su Representante Legal, deduciendo una Acción de Amparo Constitucional en contra de los señores: Gerente Distrital de Aduanas de Esmeraldas, doctor GREGORIO TELLO MEJÍA, señor MARCO TULIO CERVANTES, Aforador de la Gerencia Distrital de Aduanas de Esmeraldas, y señores JUAN RIVERA HERRERA y PAÚL COSTALES BORBOR, de la Unidad de Valoración Gerencia de Gestión Aduanera de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Manifiesta que el 19 de Enero del 2006, su representada ha suscrito en la ciudad de Panamá, República de Panamá, ante el Lic. Pedro Martin Meilan Núñez, Notario Público Noveno del Circuito de Panamá, la Renovación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías, con la empresa de nacionalidad panameña INTERNACIONAL DE NEGOCIOS S.A., por un monto de seis millones quinientos mil dólares - US \$ 6'500.000,00 - Dicho contrato ha sido refrendado por la abogada VANESA PAMELA NATIVI NICOLAU, de nacionalidad panameña, quien a su vez solicita del Notario Público Noveno del Circuito de Panamá, que sea elevada a Escritura Pública y protocolizada. Expresa que este acto realizado por el referido Notario, es certificado en su autenticidad y legalidad por el Lic. JORGE P. TORREGROSA S., Sub Jefe de Autenticación y Legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá, y a su vez autenticada y legalizada la actuación del funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá, por el señor José Dávila, Cónsul General de Primera del Consulado General del Ecuador en Panamá, otorgándole así validez jurídica, veracidad y exactitud al listado de las mercancías y de sus valores declarados, de conformidad con la cláusula segunda y su anexo 1, reuniendo de esta manera el mencionado contrato los requisitos y formalidades que se requieren para que esté protegido por las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, UNCITRAL, y garantizando el poder establecer el valor en aduanas de las mercancías importadas a través del primer método de valoración, esto es, del valor de transacción de las mercancías importadas. Agrega, que el objeto de la renovación del contrato de compraventa internacional de mercancías se establece en la cláusula primera, obligando a su representada a comprar las mercancías detalladas en el anexo 1, que forma parte integral del contrato, de acuerdo con las importaciones de productos que se van dando a solicitud de su representada, la compradora. Añade, que la Corporación Aduanera Ecuatoriana abrió un proceso de investigación a fin de corroborar la transparencia, veracidad, exactitud, e integridad de la negociación realizada por la empresa LAVÍN S.A., obteniéndose como resultado la Resolución del Órgano Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, que ordena que deben respetarse los valores estipulados en los anexos y adendas del mencionado contrato de conformidad con el Art. 163 de la Constitución Política del Ecuador, Resolución que fue notificada mediante oficio GGN-AGG-OF No. 1924, de fecha marzo 28 del 2006; al igual que a los señores Subgerente Regional, Gerente de Gestión Aduanera y Gerentes Distritales, a quienes les fue notificada, mediante oficio GGN-AGG-OF No.1925, de 28 de Marzo del 2006, a fin de que la cumplan, la hagan cumplir y la difundan a las compañías verificadoras y a los operadores de comercio exterior, quienes también están obligados a respetar los valores contemplados en las adendas y anexos del mencionado contrato, brindándose de esta manera las garantías a la libertad de empresa, a la libertad de contratación, a la libertad de negociación internacional, estableciendo ésta Resolución del Órgano Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, a la seguridad jurídica, y por ende el respaldo y garantía de los derechos civiles antes mencionados. Sostiene, que con la seguridad jurídica brindada por el Órgano Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, mediante el oficio antes mencionado GGN-AGG-OF No. 1924, de fecha marzo 28 del 2006, su representada cumpliendo las cláusulas contractuales, realizó las importaciones que a la fecha suman aproximadamente 38, que han permitido la nacionalización de 43 contenedores, de las cuales 36 sin inconveniente alguno, respetándose los valores de las 36 facturas comerciales que no son otra cosa que los precios acordados o pactados en la renovación del Contrato de Compraventa Internacional antes mencionado. Expresa, que dentro de los 43 contenedores nacionalizados, el contenedor número 41 soportó el

ataque arbitrario, ilegal e ilegítimo del Departamento de la Unidad de Delitos Tributarios y Aduaneros del Guayas, el mismo que sin embargo luego reconoció la transparencia, seriedad, legalidad y veracidad de la importación realizada. Como los otros siete contenedores fueron afectados por actuaciones arbitrarias, ilegales e improcedentes de las verificadoras y funcionarios de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, su representada, siguiendo los procedimientos contemplados en la ley, presentó los reclamos administrativos de impugnación, a los actos administrativos ilegítimos; de estos reclamos administrativos, cuatro recibieron Resoluciones favorables, determinando que deben ser respetados los valores constantes de cinco facturas comerciales, correspondientes a las cinco importaciones en controversia. Esas facturas establecen el valor real de la transacción, que no es otra cosa, que el precio realmente pagado, o por pagar, base primera para la determinación de valor en aduanas, tal como lo establece el Art. 1 de las Normas de Valoración de Aduanas, del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros de 1994, en el sentido de que la base para la valoración en aduanas de las mercancías debe ser en la mayor medida posible, su valor de transacción, excluyendo así, la utilización de valores arbitrarios o ficticios, y de esta manera privilegiando en su aplicación el valor de transacción tal como lo dispone el Art. 4 inciso 2 de la Decisión 571 de la CAN. El quinto reclamo administrativo de impugnación, signado con el número 002-2007, se encuentra en trámite en la Gerencia Distrital de Aduanas. El accionante manifiesta que su representada realiza la nacionalización de los contenedores números 42 y 43 amparada en la DAU 12777817 con refrendo 046-07-10-001317-5-01, que fueron, de acuerdo con la ley, sometidos a las debidas inspecciones en origen por parte de la empresa verificadora INTERTEK TESTING LIMITED, los días 7 y 11 de Junio del 2007, respectivamente. La empresa autorizada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana para la inspección en origen, emitió los certificados de inspección numero I-4/580/2007/004204/006/5 y I-4/580/2007/004198/005/6 los días 13 y 18 de Junio del 2007, respectivamente, reajustando el precio de las mercancías de US \$72.848,75 a US \$ 365.179,75, sin motivación, ni razón alguna y, por el contrario, contra lo prescrito en las normas que rigen la valoración aduanera de las mercancías importadas, utilizando valores arbitrarios y ficticios y rechazando la documentación presentada. La actuación de la verificadora es ilegítima, por cuanto no tiene atribuciones para desconocer los precios pactados y establecidos en las facturas comerciales, alegando precios no satisfactorios, elevando los valores FOB o disminuyendo éstos en los certificados de inspección en origen, sin acatar las directrices establecidas en el Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el Acuerdo sobre Inspección previa a la expedición por la Organización Mundial de Comercio; la Decisión 571 de la CAN; en la Resolución 846 Reglamento Comunitario de la decisión 571. Añade que la verificadora INTERTEK TESTING LIMITED al extender a su representada los certificados de inspección en origen número I-4/580/2007/004204/006/5 y I-4/580/2007/004198/005/6, los días 7 y 11 de Junio del 2007, respectivamente, reajustando el precio de las mercancías de US \$72.848,75 a US \$ 365.179,75, sin motivación, ni razón alguna, se asegura una comisión mayor, por éste acto que resulta entonces contrario a la ética y a lo prescrito en las normas que rigen la Valoración Aduanera de las mercancías importadas, utilizando valores arbitrarios y rechazando la documentación presentada. Esta actuación de la verificadora es ilegítima, porque al igual que las demás no tiene atribuciones para desconocer los precios pactados y establecidos en las facturas comerciales, alegando precios no satisfactorios, elevando los valores FOB o disminuyendo éstos en el Certificado de Inspección en Origen, sin acatar la directrices establecidas en el artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles

aduaneros y Comercio de 1994, el Acuerdo sobre Inspección previa a la expedición por la Organización Mundial de Comercio; la decisión 571 de la CAN en la Resolución 846 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571. El accionante sostiene que la verificadora INTERTEK TESTING LIMITED, al extender a su representada los Certificados de Inspección en origen I-4/580/2007/004204/006/5 y I-4/580/2007/004198/005/6, elevando los precios de las mercancías cae en contradicción e incumplimiento de las directrices establecidas en el Ordenamiento Jurídico indicado ut supra. A fin de evitar estos actos ilegales y además ilegítimos, por cuanto, si había esta objeción, no debió haber extendido los certificados de inspección en Origen, sino un Certificado de No Conformidad, razón por la que el reajuste de los precios establecidos, es un rechazo a la razonabilidad de los mismos que integran la calidad, y no siendo satisfactoria la calidad, mal se puede extender el Certificado de Inspección en Origen. Expresa que existiendo actuación ilegítima, al reajustar los valores sin la fundamentación respectiva, ha ocasionado daños irreparables e inminentes a su representada LAVÍN S.A.; Tales como: a) el cobro de una tasa calculada sobre el valor FOB reajustado y no el de la factura comercial generada en el Contrato celebrado con la Compañía Panameña INTERNACIONAL DE NEGOCIOS y su representada; b) influencia en las decisiones de los Funcionarios de la Gerencia de Gestión Aduanera Ecuatoriana, Unidad de Aforo y en el Gerente Distrital de Esmeraldas de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, quienes tomarían el valor FOB reajustado por la verificadora INTERTEK TESTING LIMITED, y como no podía ser de otra manera, su representada ha impugnado éste hecho, a través de un reclamo administrativo, el reajuste de los valores, por improcedente, ilegal e ilegítimo. Esta situación le ha ocasionado a su representada daños graves e irreparables, en virtud de que al desaduanizar las mercancías, debió cumplir con requisitos y formalidades no contemplados antes, y además se vio obligada a realizar pagos que no son pertinentes a una importación sin controversias, tales como: b.1) la presentación de una garantía del 120 % sobre el valor de los Tributos Controvertidos, garantía que demandó de su representada, el pago de una tasa; b.2) la controversia demandó un pago superior de almacenaje o bodegaje que se acostumbra a pagar. De igual forma un pago mayor de demoraje, ocasionándole a la empresa daños graves e irreparables; b.3) actuaciones ilegítimas de preocupación para su representada LAVÍN S.A., por la amenaza constante e inminente a que queda expuesta por este tipo de actuaciones, como es el caso de la verificadora INTERTEK TESTING LIMITED, que sigue generando certificados de inspección en origen con valores ficticios y arbitrarios sin motivación alguna. Concluye expresando, que la actuación de la verificadora INTERTEK TESTING LIMITED es ilegítima, por no observar las directrices o procedimientos previstos en el Art. VII, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio de 1994; El Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición por la Organización Mundial de Comercio; la Decisión 571 de la CAN, que conforman el Ordenamiento Jurídico vigente para la valoración de las mercancías en Aduanas. De igual manera, por cuanto su contenido es contrario a dicho ordenamiento y a lo dispuesto en las Resoluciones Administrativas GGN-AGG-OF No. 1924 y número GGN-AGG-OF No. 1925 de fecha 28 de marzo del 2006, donde la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, ordena que se respeten los valores del Contrato de Compraventa Internacional, celebrado por la compañía LAVÍN S.A, y además por que dicha actuación es arbitraria, carece de fundamento y motivación, tal como ya se explicó anteriormente, actos ilegítimos y nulos de pleno Derecho, esto es iure et de iuris , por cuanto fueron realizados contra norma expresa. Manifiesta que mediante oficio No. GDE-DJE-124 de 18 de Junio de 2007, el Dr. Gregorio Tello Mejía, Gerente Distrital de Aduanas de la Corporación Aduanera

Ecuatoriana, ha solicitado al Gerente de Gestión Aduanera, Ing. Walter Segovia Muentes, le envíe funcionarios de la Unidad de Valoración, a fin de que presencien el Aforo de la Importación, amparada en la DAU 12777817, con refrendo 046-07-10-001317-5-01 de la Compañía LAVÍN S.A. Expresa que los Funcionarios de la Unidad de Valoración de la Gerencia de Gestión Aduanera, Juan Rivera Herrera y Paúl Costales Borbor, han emitido el informe técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007, de fecha 22 de Junio del 2007, en donde recomiendan, entre otras cosas, que los valores que deben tomarse en cuenta para la liquidación del Refrendo antes mencionado, serán los considerados en los Certificados de Inspección I-4/580/2007/004204/006/5 y I-4/580/2007/004198/005/6 de la Compañía INTERTEK TESTING LIMITED, ya que los mismos guardan similitud a los encontrados en la base de valor de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, donde incluso hay mercancías que tienen valores mas elevados a los comparados con la base de valor, en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 15, 16, 17, 18 de la Decisión 571 de la CAN publicada en el Registro Oficial 317 de 20 de Abril del 2004, y de conformidad con los Arts. 105 y 106 del Código Tributario. Sostiene que los actos ilegítimos realizados por los funcionarios Juan Rivera y Paúl Costales, fueron la emisión del informe técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007, de fecha 22 de Junio del 2007, sobre el valor en Aduanas, descartando los valores pactados del Contrato de Compraventa Internacional, celebrado con la Empresa LAVÍN S.A, sin considerar las directrices establecidas por todo el ordenamiento jurídico sobre el valor en Aduanas. Por lo tanto, se pregunta ¿En qué se fundamentaron, cuál fue la motivación que los llevó a rechazar los precios del Contrato de Compraventa Internacional de su representada, declarándolos que no son satisfactorios y que las pruebas aportadas no son idóneas o suficientes? . No consta del proceso, que se haya analizado el valor de las mercancías, considerando el monto del contrato y la duración del mismo, puesto que es evidentemente diferente , valorar unas mercancías, que valorar esas mismas en un contrato que obliga a comprarlas en el lapso de dos años, y por un monto de seis millones quinientos mil dólares; es entonces una actuación Ilegítima e Inconstitucional, a mas de grave e inminente que afecta directamente a la actividad de LAVÍN S.A. Agrega, que sobre el análisis de precio de las mercancías objeto de la renovación del Contrato de Compraventa Internacional, el funcionario Juan Rivera Herrera, ha vertido dos informes diferentes (Informe técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007), esto es, uno diciendo que se respeten los valores del Contrato de Compraventa Internacional y otro, manifestando que no se respeten los precios; por lo cual no cabe duda de las actuaciones ilegítimas de los funcionarios Juan Rivera y Paúl Costales Borbor, de la Unidad de Valoración, quienes con sus actos violan Derechos Constitucionales tales como el Art. 23 numeral 7 (El derecho a disponer de servicios públicos y privados de optima calidad), numeral 8 (Derecho a la honra, a la buena reputación, al buen nombre y a la buena imagen), numeral 26 ( la Seguridad Jurídica); numeral 27, (Derecho al debido Proceso y a una Justicia sin Dilaciones); han violado el Art. 24, numeral 10, (Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa, en ningún estado o grado del respectivo procedimiento; Numeral 13, (Las Resoluciones de los Poderes Públicos, que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la Resolución, no se anunciaren Normas y Principios Jurídicos en que se hayan fundamentado, y si no se explicare la procedencia de su aplicación a los antecedentes de hecho); Numeral 16, (nadie podrá ser juzgado por mas de una vez por la misma causa); Art. 119, (Los Funcionarios Públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución). Agrega que mas preocupante e inexplicable es la actuación ilegítima del Gerente Distrital de Aduanas de Esmeraldas, por lo siguiente: 1) aceptar los valores FOB del Certificado de Inspección en origen de la empresa verificadora INTERTEK

TESTING LIMITED, sin realizar el debido análisis y desconociendo así los precios pactados por la empresa LAVÍN S.A., y la Empresa Panameña INTERNACIONAL DE NEGOCIOS S.A.; 2) aceptar el Informe Técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007, de fecha 22 de Junio del 2007, de los Funcionarios Juan Rivera Herrera y Paúl Costales Borbór, de la Unidad de Valoración de la Gerencia de Gestión Aduanera, y rechazar los Informes emitidos mediante Oficios (oficio No. GGN-DNA-UVA-IF (i)-0025-2006, de fecha 4 de Enero del 2006; GGA-DNA-UVA-JGON-No. 001-2006, de fecha 2 de Enero del 2006; Informe técnico No. GGA-UVA-JRH-022-2006; Oficio No. GGA-DNA-UVA-OF-(i)-0705, de fecha 30 de Marzo del 2006; Oficio No. GGA-DNA-UVA-OF-(i)-0706, de fecha 30 de Marzo del 2006; Oficio No. GGA-DNA-UVA-OF-(i)-0707, de fecha 30 de Marzo del 2006), de la Gerencia de Gestión Aduanera sobre el respeto a los valores establecidos en el mencionado Contrato de Compraventa Internacional. 3) acepta el Gerente Distrital de Aduanas el Informe del Funcionario de Aforo, el mismo que carece de motivación y de fundamentación alguna, sin pedirle explicación de su actuación contradictoria; 4) no solo desacata la disposición administrativa dada mediante oficio No. GGN-AGG-OF No. 1925, de fecha 28 de Marzo del 2006, por la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, sino también lo dispuesto en el Art. 113 literas a) e i) de la Ley Orgánica de Aduanas; y, 5) añade el accionante, que resulta increíble de entender, que los operadores aduaneros permitieron a su representada LAVÍN S.A. la nacionalización de 36 contenedores, respetando los precios del Contrato de Compraventa Internacional, cumpliendo y haciendo cumplir la Resolución antes mencionada, del Órgano Gerencia General y ejecutándola, pero en la última importación, hicieron lo contrario, violando toda la normativa legal aduanera existente, lo que permite concluir que esa actuación es ilegítima, grave y de daños irreparables. El Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas, expresa, que el Gerente ante quien se presentó el Reclamo debe resolverlo en el término de 20 días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá, el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de 10 días. En su providencia avocando conocimiento del Reclamo Administrativo presentado por Lavín S.A., no resuelve sobre lo principal, ni apertura el término de prueba, violentando así el principio de legalidad, el derecho a la defensa, el derecho de igualdad, al colocar a su representada en estado de indefensión. Todas estas actuaciones son ilegítimas, porque además violan derechos establecidos en la Constitución, contemplados en las disposiciones legales, citadas anteriormente. Agrega que hay daño inminente efectivo y grave, cuando la INTERTEK TESTING LIMITED autorizada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana para la Inspección de mercaderías, sin razón alguna, y por el contrario, contra lo prescrito en las normas que rigen la valoración aduanera de las mercancías importadas, ha procedido a reajustar el precio de las mercancías de su representada, de US \$ 72.848,75 dólares a US \$ 365.179,75, utilizando valores arbitrarios, ficticios, ocasionando con este acto ilegítimo grave, un daño inminente, al rechazar no solamente la documentación presentada por LAVÍN S.A., sino también la disposición dada por la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, mediante Resolución antes mencionada, GGN-AGG-OF No. 1925, de 28 de Marzo del 2006, sin explicación motivada que fundamente dicha actuación; por lo cual, la empresa LAVÍN S.A representada por el compareciente, ha deducido la presente Acción de Amparo Constitucional, requiriendo al Juez Constitucional, la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar la lesión que a cada importación le ocasiona esa empresa verificadora, evitando la comisión o peligro a que está la empresa expuesta en las futuras importaciones. Es tan grave la actuación de la Verificadora, que de seguir imponiendo sus precios referenciales a las Autoridades

Aduaneras en las importaciones futuras, su representada se vería obligada a liquidar el negocio, porque con esos valores arbitrarios y ficticios quedaría fuera del mercado en la libre competencia de ofertas y demanda. Por lo tanto, la actuación ilegítima de la verificadora está atentando y violando derechos Constitucionales, tales como el derecho al trabajo, porque los empleados se quedarían en la desocupación. Fundamentada la presente Acción de Amparo Constitucional, en el Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y en los Arts. 46, y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional, el accionante solicita la suspensión y el cese de los efectos de los señalados actos administrativos ilegítimos que han sido impugnados, y consecuentemente se declare la invalidez jurídica de los mismos y se disponga acatar y cumplir con la disposición de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en la Resolución No. GGN-AGG-OF No. 1925, de fecha Marzo 28 del 2006, para que se respeten los valores de las mercancías de importación establecidos en el legítimo Contrato de Compraventa Internacional por parte de los Funcionarios Públicos y los Operadores del Comercio exterior, debiéndose ordenar la devolución de la Garantía Aduanera presentada a fin de poder nacionalizar las mercancías que fueron afectadas por los actos Administrativos Ilegítimos mencionados ut supra ; y así mismo se suspendan y queden sin efectos los actos persecutorios por parte de la Unidad de Valoración de la Gerencia de Gestión Aduanera. A fojas 207 a 222 del expediente, obra el escrito presentado por el Ab. Carlos González Gavilanes, que comparece ofreciendo poder y ratificación de gestión de los señores funcionarios de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, Dr. Gregorio Tello Mejía, Gerente Distrital de Esmeraldas, Sr. Marco Tulio Cervantes, Aforador Físico y señores Juan Rivera Herrera y Paúl Costales Borbor, de la Unidad de Valoración Gerencia de Gestión Aduanera, que en lo pertinente expresa: Que alega nulidad de la Acción planteada por falta de demanda al Procurador del Estado y por falta de personería pasiva de los accionados ; argumenta además que el Recurso de Amparo solo lo pueden proponer las personas naturales, y que únicamente lo puede proponer una persona jurídica, cuando se trate de protección del medio ambiente, que es precisamente de lo que no se trata en la presente acción. Que toda vulneración del principio de legalidad por parte de la autoridad pública, reviste carácter contenciosos que tiene que ser reclamado en los respectivos tribunales, y que es falso que los certificados de Inspección Nros. 1- 4-580-2007-00424-00615 y 1-4-580-2007-004198-005-6 emitidos por la empresa verificadora ITS INTERTEK TESTING LIMITED, que reajustan los precios de las mercaderías importadas por la empresa accionante, constituyan actos administrativos. Que el informe técnico Nro. GGA-UVA-JR-PC-01-2007 del 22 de junio del 2007 emitido por los técnicos valoradores de la Gerencia de Gestión Aduanera, señores Juan Rivera Herrera y Ec. Paúl Costales Borbor, en el que recomiendan que los valores que deben tomarse en cuenta para la liquidación de la mercadería importada por la accionante, son los considerados en los certificados de inspección emitidos por la verificadora INTERTEK TESTING LIMITED , que guardan similitud a los encontrados en la base de valor de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, siendo que la documentación de soporte presentada por el representante legal de la Compañía LAVÍN S.A. no es suficiente para justificar los precios declarados y desvirtuar los ajustes o incrementos de valor aplicados por la verificadora, y que el informe del funcionario aforador Marco Tulio Cervantes que se aplica como base legal para la liquidación y pago de tributos aduaneros, se fundamente en el artículo 2 de la decisión 571 de la CAN, en concordancia con el artículo 51 de la Resolución 846 de la CAN, esto es la duda razonable. Que se descarta el primer método de valoración , basado en el precio declarado por el importador , considerando que el artículo 17 de la Decisión 571 de la Comunidad Andina, señala que “el valor en aduana de las

mercancías importadas no se determinará en aplicación del método del valor de transacción, por falta de respuesta del importador a éstos requerimientos o cuando las pruebas aportadas no sean idóneas o suficientes para demostrar la veracidad o exactitud del valor en la forma antes prevista”. Que los actos administrativos son legítimos por ser expedidos por funcionarios competentes, están debidamente fundamentados y enmarcados en las disposiciones legales que rigen la materia, y que para reclamar sus derechos, la accionante debió recurrir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en la vía ordinaria a proponer la acción a la que se crea asistido. Sorteada la causa, le correspondió al Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas, obrar como Juez Constitucional, y éste, mediante Resolución del 27 de agosto del 2007, a las 16H13, concede la Acción de Amparo Constitucional, por ser esta una garantía encaminada a proteger los Derechos Constitucionales de las personas, así como los establecidos en Convenios Internacionales vigentes en el Ecuador, Resolución impugnada mediante Recurso de Apelación que obra de autos, ante el Tribunal Constitucional Con los antecedentes reseñados, la Segunda Sala Constitucional hace las siguientes

## CONSIDERACIONES

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y Resolver el caso propuesto en la presente ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL, según lo dispuesto en los Art. 95 y 276, numeral 3, de la Constitución Política de la República, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 62 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. SEGUNDA.- La presente causa, se ha tramitado con sujeción al ordenamiento jurídico constitucional y legal vigentes, y por tal se declara su expresa validez.- TERCERA.- Según la Constitución, la Ley, y la Doctrina, el AMPARO CONSTITUCIONAL es procedente cuando se han cumplido los siguientes elementos: a) Cuando existe un Acto ilegítimo de Autoridad Pública o alguna omisión ilegítima; b) Que el Acto u Omisión, causen o puedan ocasionar una daño inminente y grave; y, c) Que el Acto vulnere los Derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, Declaraciones, Pactos, Convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador- En la especie, es necesario determinar la existencia del o de los actos administrativos, cuestión controvertida por el accionado; al respecto consideramos que los actos administrativos impugnados en la presente acción, y que se detallan en el numeral séptima de ésta resolución, tienen las características de tales, pues analizados encontramos en ellos que : a) es una decisión de autoridad administrativa; b) es una decisión unilateral; c) es una decisión ejecutoria; y d) es una decisión impugnable. Es claro además que los actos impugnados contienen los elementos del acto administrativo: voluntad, objeto, motivo, oportunidad, fin, sujeto y forma, por lo que consideramos sin lugar la objeción del accionado sobre la naturaleza de los actos impugnados.- CUARTA.- Analizadas las Constancias Procesales: la demanda, las exposiciones de las partes en la Audiencia Pública, las pruebas constantes de autos y las alegaciones formuladas, se considera que la Empresa LAVÍN S.A., tiene el derecho de impugnar los Actos relacionados en la ACCIÓN DE AMPARO, toda vez que ni la Constitución Política ni la Ley, excluyen a las personas Jurídicas para deducirla, inclusive el Tribunal Constitucional ha emitido Resoluciones confirmando el derecho de las personas jurídicas a plantear esta Acción, por lo cual se acepta la legitimidad activa del compareciente, con los siguientes fundamentos : a) la Constitución Política no solo reconoce derechos humanos, sino derechos fundamentales, y la protección de éstos favorece a las personas jurídicas, las mismas que gozan, por ejemplo del derecho de propiedad, de igualdad ante la ley, de seguridad jurídica, del

debido proceso, de la libertad de contratación y de empresa etc. b) La Constitución al establecer la garantía del Amparo, no hace distinciones en cuanto la clase de personas que están legitimadas; de allí que donde la ley no distingue, no le es lícito al interprete distinguir; tanto más que en este punto concuerda el principio pro justicia que señala que en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18, inciso segundo de la Constitución Política del Estado).- QUINTA.- No hay lugar a declarar la Nulidad alegada por el accionado, por no haberse citado en la demanda al Procurador General del Estado, en virtud que el Amparo, es una Acción Autónoma y Especial, que protege Derechos Constitucionales propios de las personas contra los actos ilegítimos del Poder Público, que goza de absoluta independencia y autonomía, con efectos que derivan en Cosa Juzgada “Interpartes”. El Amparo no es una demanda contra el Estado, si no una Garantía mediante la cual se impugna los actos de los Órganos del Poder Público, razón por la cual, no es sustancial la intervención del Procurador General del Estado, y también en éste sentido se ha pronunciado favorable y reiteradamente el Tribunal Constitucional.- SEXTA.- La objeción del accionado en cuanto a que la acción planteadas debió seguirse inexorablemente en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en virtud que es acción subsidiaria y por tanto de carácter residual, se desestima por cuanto la acción de amparo es un proceso protector - no residual - conforme lo ha estimado así el propio Tribunal Constitucional, en varios fallos (Pleno del Tribunal Constitucional. Resolución Nro. 0013-2004-RA).- SÉPTIMA.- Los Actos impugnados han ocasionado daño irreparable a la Empresa LAVÍN S.A. pues la han obligado a pagar más tasas por almacenamiento, al pago de la tasa para la obtención de una Póliza que garantice el 120% de los tributos controvertidos, al pago de handings para aforos y otros pagos por despacho, recepción y movimientos de los contenedores del patio a bodegas, como se constata de los documentos que obran en el expediente en fojas 244 a 251; y se ha visto obligada a suspender importaciones por falta de seguridad jurídica, ha perdido clientes, y ha sido puesta en duda su buena reputación, buen nombre y buena imagen, lo que configura daño moral.- OCTAVA.- Los Actos impugnados, son los contenidos en el oficio No. GDE-DJE-124, de 18 de junio del 2007, mediante el cual el Dr. Gregorio Tello Mejía, Gerente Distrital de Aduanas de Esmeraldas, solicita al Gerente de Gestión Aduanera, Ing. Walter Segovia Muentes, le envíe Funcionarios de la Unidad de Valoración, a fin de que presencien el Aforo de la Importación, amparada en la DAU-12777817, con el Refrendo No. 046-07-10-001317-5-01, de la Compañía LAVÍN S.A., y el Informe emitido por los Funcionarios de la Unidad de Valoración de la Gerencia de Gestión Aduanera, Sres. Juan Rivera Herrera y Paúl Costales Borbor, quienes emitieron el Informe Técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007, de fecha 22 de junio del 2007, mediante el que recomiendan que los valores que deben tomarse en cuenta en la liquidación del Refrendo mencionado, serán los considerados en los Certificados de Inspección Nros. I-4/580-2007/004204/006/5 y I-4/580/2007/004198/005/6, de la Compañía INTERTEK TESTING LIMITED, y naturalmente la actuación ilegítima del Dr. Gregorio Tello Mejía, Gerente Distrital de Aduanas de Esmeraldas, al aceptar el Informe Técnico de los Funcionarios antes referidos, desacatando la disposición emitida por la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, para que se respeten los valores pactados en origen, según constan en el Contrato Internacional celebrado por la Empresa LAVÍN S.A., con la Compañía INTERNACIONAL DE NEGOCIOS S.A. en Panamá. El desacato del Dr. Gregorio Tello Mejía, se configura del contenido del oficio GGN-AGG-OF.Nro.1924 del 28 de marzo del 2006, suscrito por el Abg. Eduardo Guerrero Mórtoles, Gerente General (E) de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, que fundamentado en el Informe GFZ-(i) 0118-2006 del 24 de enero del 2006, suscrito por

el Ing. Mario Guzmán, Ex Gerente de Fiscalización, le hace conocer que las investigaciones realizadas a las importaciones de la empresa LAVÍN S.A. le permiten llegar a conclusiones -que deben ser cumplidas y difundidas- y que son: 1.- respecto de la presunción de subvaloración, la Gerencia de Gestión mediante Informes de Fiscalización CAE-GEFZ-DCA-106-2004, GFZ-DCA-UCD-IF-0112-2005,GF-DCA-UC-(i)IF-070-2005 y CAE-GEFZ-DCA-0029-2005 concluye que se debe aceptar el valor de transacción presentado en las facturas comerciales, e indicado en el contrato de Compra Venta Internacional, realizado entre LAVÍN S.A. e Internacional de Negocios (que obra de fojas 4 a la 11, inclusive del expediente). 2.- En relación a la validez del Contrato Internacional, es de advertir el criterio de la Gerencia de Gestión Aduanera, contenido en el oficio Nro. GGA-DNA-UVA-IF-(i)-0025-2006 del 4 de enero del 2006, del que deviene que éste se encuentra sometido a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil, UNCITRAL, por lo que las Compañías verificadoras y los Operadores de Comercio Exterior, deben respetar los valores contemplados en los anexos y adendas del mencionado contrato, de conformidad con el artículo 163 de la Constitución Política del Ecuador.- 3.- En tal virtud, tanto el Contrato de Compra Venta como la documentación de soporte entregada por LAVÍN S. A. y los valores de transacción incluidos en éste, se debe tomar como válidos para las importaciones realizadas por ésta empresa (fojas 273 a 274 del expediente) . El artículo 111, numeral ñ) de la Codificación de la Ley Orgánica de Aduanas, le confiere atribuciones administrativas al Gerente General de Aduanas, tales como “expedir manuales de operación y procedimiento, circulares e instrucciones de carácter general para la correcta aplicación de ésta Ley y sus reglamentos y difundirlas “y el numeral d) Ibidem le otorgas atribuciones operativas, tales como “ absolver las consultas sobre el arancel de importaciones, respecto de la clasificación arancelaria de las mercancías“ que deben ser entendidas como de obligada aplicación y vinculantes para los operadores aduaneros, cuestión que expresamente contradice la acción administrativa ejecutada por el Dr. Gregorio Tello, Gerente Distrital de Aduanas de Esmeraldas, conforme se colige del proceso; lo que implicaría arrogación de funciones y desobediencia administrativa, puesto que en el artículo 113 del mismo cuerpo normativo invocado, en el que se determinan cuáles son las funciones de los Gerentes Distritales, no consta expresamente –como debería ser– la posibilidad de aplicar o no lo dispuesto por su superior.-NOVENA.- El análisis del caso, a la luz de la Decisión Nro. 571 del Acuerdo de Cartagena, publicada en el Registro Oficial Nro. 317 del 20 de abril del 2004, confirma que la acción planteada es procedente, puesto que éste instrumento internacional esta dedicado a la determinación del valor en Aduana de las mercancías importadas, núcleo de la acción en conocimiento y resolución. El artículo 1 determina que éste Acuerdo tiene el carácter de imperativo en los países miembros de la Comunidad Andina, y contiene el artículo 3 los métodos para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, estableciendo que éstos deben aplicarse en el orden allí indicados, siendo el primero de ellos “el valor de transacción de las mercaderías importadas “como lo establece el artículo 4, que confirma el argumento del accionante, en el sentido que es arbitraria la decisión del Gerente Distrital de la CAE en Esmeraldas, Dr. Gregorio Tello, de aplicar otro método, siendo esto posible, solamente cuando lo solicita el importador y así lo acepta la Administración Aduanera. En el caso de duda sobre la veracidad o exactitud del valor declarado, invocado en el informe técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007 por los funcionarios Juan Rivera Herrera y Paúl Costales Borbón, estimamos pertinentes las siguientes consideraciones: a) tal como lo establece el artículo 17 de la Decisión 571 de la CAN, en este caso “ la administración aduanera solicitará a los importadores explicaciones escritas, documentos y pruebas complementarios, que

demuestren que el valor declarado representa la cantidad total realmente pagada o por pagar por las mercancías importadas“, procedimiento ignorado por los funcionarios aduaneros del Distrito Esmeraldas en el caso que nos ocupa, lo que deviene en que la omisión violenta los derechos constitucionales del accionante a la seguridad jurídica y al debido proceso. Consta del expediente a fojas 314 a 322, varios asientos contables de LAVÍN S.A. en los que se registran las cuentas por pagar a proveedores del exterior, varias transferencias enviadas al exterior, comprobantes de envíos de giros al exterior, facturas comerciales etc. que constituyen las pruebas complementarias de las que menciona el referido artículo, que no han sido valoradas por los funcionarios aduaneros del Distrito Aduanero de Esmeraldas.-b)El Reglamento Comunitario de la Decisión 571 de la CAN, sobre el valor en Aduana de las mercancías importadas, expedido en la Resolución 846 del 6 de agosto del 2004, establece los requisitos para la aplicación del método del valor de transacción (primer método , demandado por el accionante LANVIN S.A.), que en el caso han sido cumplidos, pues del análisis del expediente se prueba que: 1.- la mercancía a valorar ha sido objeto de una negociación internacional efectiva (fojas 3 a 11) 2.- se acordó un precio real y se prueba la existencia de pagos declarados y sustentados (fojas 314 a 322) 3.- en los anteriores términos se ha demostrado documentadamente el precio realmente pagado y por pagar ; y 4.- las mercancías importadas están conforme a las estipulaciones del contrato; por lo tanto, es el primer método de valoración el que se debió aplicar, y no hacerlo es arbitrario y violatorio de los derechos de LAVÍN S.A.- DÉCIMA.- Del estudio de la presente ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL, se evidencia que ha sido infringido el Art. 119 de la Constitución Política del Estado, que determina que los Funcionarios Públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, así como se ha infringido el Art. 113, de la Ley Orgánica de Aduanas, pues en la elaboración del Informe Técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007, de 22 de junio del 2007, intervinieron sin competencia y sin observar lo dispuesto por la Gerencia General de Aduanas; se determina también que existe ilegitimidad del procedimiento en los Actos Impugnados, por atentarse al debido proceso, contrariando así lo dispuesto en el Art. 23, numeral 27, Art. 24, inciso 1º y Art. 192 de la Constitución Política, vulnerándose el debido Proceso y haciendo ineficaz la protección jurisdiccional considerado en las normas constitucionales; se ha violentado la seguridad jurídica, contemplada en el numeral 26 del Art. 23 de la Constitución Política. Los actos impugnados no cumplen con el Art. 24, numeral 13 de la Constitución Política, que se refiere a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos.-Por lo expuesto, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones;

## RESUELVE

1º.- Confirmar la resolución venida en grado, y en consecuencia conceder la ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL, planteada por el señor Carlos David Arellano Valdiviezo, por los derechos que representa de la Compañía LAVÍN S.A., ordenando la suspensión definitiva de los actos impugnados, sus efectos y consecuencias; esto es, los contenidos en el oficio GDE-DJE-124 del 18 de junio del 2007, el Informe Técnico GGA-UVA-JR/PC-01-2007 del 22 de junio del 2007 y los Certificados de Inspección I-4/580-2007/004204/006/5 y I-580/2007/004198/005/6, disponiendo se cumpla la resolución No. GGN-AGG-OF. No.1924, del 28 de marzo del 2006, suscrita por el Ab. Eduardo Guerrero Mórtoles, Gerente General (E) de la CAE, notificada a los señores Sub Gerente Regional, Gerente de Gestión Aduanera y Gerentes Distritales, mediante oficio No. GGN-AGG-OF. No. 1925 del 28 de marzo del 2006.- 2.- Se ordena devolver el

Expediente al Juez de Instancia para los fines establecidos en los Arts. 55 y 58 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.- NOTIFÍQUESE y PUBLÍQUESE.-

**Anexo No. 5**  
**ABSOLUCIONES DE CONSULTA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL**  
**ESTADO REVISADAS EN LA PRESENTE TESIS**

<b>Oficio No.</b>	<b>Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Objeto – Observaciones</b>
00134	08-III	---	Exigibilidad de la garantía de buen uso del anticipo en contratación de seguros
00138	08-III	---	Los prefectos provinciales no gozan de las vacaciones de los servidores públicos, pero pueden solicitar licencia hasta por sesenta días al año
00139	08-III	---	La Autoridad Portuaria de Guayaquil es una persona jurídica de derecho público
00140	08-III	---	Legitimidad de las limitaciones al derecho al acceso a la propiedad privada en una ordenanza municipal de la provincia de Galápagos, al ser un régimen especial de administración territorial
00141	08-III	La consulta indica: ... a pesar de que en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos no se contempla expresamente sobre tal atribución, no obstante que en el Art. 24 del Reglamento General de dicha Ley, se faculta para que el Banco Central del Ecuador invierta esos valores?	Inversiones del Banco Central del Ecuador de los recursos aprehendidos e incautados objeto de medidas cautelares según la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y el Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos.
00146	08-III	---	No es posible absolver la consulta respecto de si es procedente o no el pago del reajuste de precios definitivo, tanto de los anticipos como de las planillas, correspondientes a un contrato en particular
00189	12-III	---	TELECSA está sometida al control de la Contraloría
00246	14-III	---	No es posible absolver la consulta respecto de un conflicto de competencias entre las autoridades la municipalidad de Chordeleg
00298	14-III	---	No existe contradicción entre el artículo 100 de la de la Ley de Contratación Pública referido a diferencias entre cantidades de obra y el artículo 99 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública -en concordancia con el segundo inciso del artículo 98 de la Ley- sobre contratos complementarios

00300	14-III	---	Las áreas comunales de lotizaciones forman parte de los bienes de uso público pero el Concejo Municipal puede cambiar su categoría a bienes privados y proceder a su enajenación
00302	14-III	---	Ante la falta del Alcalde, el Concejo puede encargar la Alcaldía al Vicepresidente del Concejo, hasta que termine el período para el que fue elegido como concejal, a diferencia de cuando la ausencia es definitiva, en cuyo caso el vicepresidente pasa a ejercer estas funciones hasta la culminación del período para el que fue elegido el Alcalde
00303	14-III	---	Contradicción en la Ley No. 2002-64 de creación del cantón Camilo Ponce Enríquez
00307	14-III	---	Las entidades públicas pueden contratar servicios tercerizados, siempre que no se encuentren vinculados directamente con la actividad principal de cada entidad, y que justificadamente no puedan ejecutarlos con personal propio. Para la contratación de servicios que se prestarán en forma anual, el presupuesto referencial debe ser calculado en función de dicho plazo
00309	14-III	---	No es posible absolver las consultas de las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial del capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado sometidas al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado
00311	15-III	---	La Orquesta Sinfónica de Guayaquil goza de personería jurídica, llene autonomía administrativa y económica y no se encuentra adscrita a ninguna entidad de la Función Ejecutiva, sin perjuicio de la vigilancia que ejerce el Ministerio de Educación y Cultura, y del control que corresponde a la Contraloría General del Estado. La celebración de contratos de servicios ocasionales que celebre la Orquesta Sinfónica de Guayaquil se sujeta a lo establecido por la LOSCCA, su Reglamento y las resoluciones de la SENRES. Los contratos con profesionales músicos extranjeros especializados, pueden sujetarse al régimen legal de excepción como contratos de servicios profesionales, considerando su condición migratoria. La

			Procuraduría no debe emitir ningún informe sobre contratos de trabajo, sean individuales, colectivos o actas transaccionales
00317	15-III	---	El Director General del IESS es un funcionario de libre nombramiento y remoción
00337	15-III	“Revisadas las atribuciones conferidas al Directorio de las Autoridades Portuarias en el Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, así como aquellas otorgadas al Gerente General en el Art. 13 de la misma Ley, no se encuentra facultad alguna para condonar intereses derivados de obligaciones insatisfechas a favor de la entidad, entre las que se encuentran aquellas provenientes del arrendamiento de los bienes de propiedad de la respectiva Autoridad Portuaria. En virtud del análisis que antecede, y del principio consagrado en el Art. 119 de la Constitución Política de la República, que impone a las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos, la obligación de ejercer únicamente aquellas atribuciones consignadas expresamente en la Constitución y la ley ...”	La Autoridad Portuaria de Manta no se encuentra facultada para conceder ninguna exoneración de intereses a favor de la Cámara de Comercio de Manta por concepto de cánones de arrendamiento de espacios físicos dentro del recinto portuario
00525	26-III	---	La Procuraduría no puede absolver una consulta que sea materia de un proceso judicial pendiente de resolución
00548	27-III	---	Es procedente que la Superintendencia de Compañías aplique como norma supletoria la contenida en el art. 133 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en el caso de aumento de capital suscrito dentro de la faja de capital autorizado de

			una compañía sujeta a su control, cuando considerare la existencia de presuntas ilegalidades en el aumento de capitales
00631	30-III	---	Los beneficios establecidos en las leyes del Anciano y sobre Discapacidades son excluyentes del descuento contemplado en la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos
00654	30-III	---	Imposibilidad de absolver una consulta respecto de un tema sobre el que la Contraloría emitió una recomendación
00729	04-IV	“La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, no contempla ninguna disposición que permita disminuir la remuneración de un servidor público por cambio de un puesto a otro de inferior categoría; por el contrario, varias disposiciones que establecen movimientos o cambios administrativos de los servidores, precautelan que la remuneración no sea desminuida.” (y se cita el art. 119 de la Constitución)	No es procedente que un servidor sea cambiado de puesto a otro de inferior categoría, con la consecuencia de la disminución de su remuneración
00730	04-IV	---	Los contratos que se celebren con profesionales músicos extranjeros especializados, deben sujetarse al régimen legal de excepción ,como contratos de servicios profesionales
00731	04-IV	---	Período en que los concejales conforman el directorio de la EMAPAT de la Troncal, por contradicción entre los artículos 5 y 6 de la Ordenanza de creación
00732	04-IV	---	Procede el pago del mes completo cuando termina su periodo un dignatario de elección popular
0815	09-IV	---	Vigencia de las disposiciones de la Ley de Creación de la Provincia de Galápagos sobre funciones subsidiarias de comisarios nacionales como inspectores de trabajo y sobre la no necesidad de patrocinio de

			abogados en procedimientos laborales, cuando las circunstancias lo ameriten
00827	09-IV	---	Pluriempleo y régimen laboral de los profesionales músicos que laboran en las Orquestas Sinfónicas y Conservatorios Nacionales
00885	11-IV	---	Se configura el nepotismo en la contratación de un pariente tanto del Alcalde como de los Concejales, que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. No es procedente la celebración de contratos entre una municipalidad y las personas naturales o jurídicas cuyos representantes mantengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el alcalde o los concejales
00886	11-IV	---	Es procedente extender a favor del Coordinador de Presupuesto un nombramiento provisional para cubrir la vacante de Jefe de Presupuesto
00897	11-IV	---	La Agencia Colocadora de Seguros ASPROS C.A., debe cancelar utilidades a sus trabajadores observando el límite impuesto por la Disposición Transitoria Quinta de la LOSCCA
00912	11-IV	---	Régimen disciplinario aplicables en la Universidad Central: la LOSCCA rige para el personal no docente, mientras que para el personal docente y autoridades, se aplicará la Ley de Educación Superior y el Estatuto de la Universidad pero, de existir vacíos, se aplicarán las normas de la LOSCCA
00916	11-IV	---	Las municipalidades de Pasaje y el Guabo, no están exoneradas del pago de la tarifa por concepto del suministro de agua potable en bloque, a TRIPLEORO CEM, empresa prestadora del servicio público de agua potable
00917	11-IV	---	Los alcaldes de Junín, Bolívar, Tosagua, San Vicente y Sucre tienen derecho a percibir dietas por las sesiones a las que asistan en la EMAPA Regional “La Estancilla” por no laborar en forma regular en dicha institución
00918	11-IV	---	Para que un rector para que pueda ejercer la función de concejal debe obtener licencia sin sueldo a diferencia de los profesores, tanto de educación media como primarios y pre primarios

01050	19-IV	---	Las disposiciones relacionadas con reingreso al sector público de quienes hayan sido indemnizados por cualquiera de las modalidades contempladas en la LOSCCA y su Reglamento de aplicación no son aplicables a los trabajadores que hayan recibido su liquidación por despido intempestivo en una entidad del sector público
01059	19-IV	---	Las instituciones públicas pueden celebrar contratos de servicios profesionales que no generan relación de dependencia
01060	19-IV	---	Pueden operar en calidad de naves de bandera ecuatoriana para el transporte marítimo, únicamente las adquiridas de contado o por el sistema de arrendamiento mercantil, y las que sean fletadas de acuerdo a la ley vigente
01088	20-IV	---	No procede la prórroga de las funciones de los representantes de las alcaldías de la Zona Norte de Manabí al Directorio de la CEDEM, toda vez que no se esta garantizando la alternabilidad que demanda la propia Ley
01091	20-IV	---	No es posible atender una consulta sobre la remuneración mensual unificada que debe percibir el Gerente General de la Junta de Recursos Hidráulicos, por ser de competencia de la SENRES
01092	20-IV	---	Corresponde a la Junta Parroquial fijar el monto que por concepto de dieta, debe percibir cada vocal de la junta, por sesión ordinaria a la que concurra; y, el pago total por mes, a cada uno de ellos, no debe exceder del 50% de la remuneración del Presidente de la Junta
01108	20-IV	---	El Defensor del Pueblo, al ser un funcionario nombrado por el Congreso Nacional, se encuentra excluido del servicio civil y la carrera administrativa. La Defensoría del Pueblo, como entidad pública constitucionalmente autónoma, en lo relacionado con la fijación de la escala salarial institucional no está obligada a sujetarse a las resoluciones expedidas por la SENRES en esta materia, encontrándose facultada para determinar su propia escala de remuneraciones
01109	20-IV	---	La Tercera Disposición Transitoria de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, se

			encuentra vigente y por lo tanto le corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas asignar los recursos para el efectivo cumplimiento de la homologación de las remuneraciones de los servidores del CONSEP con los de la Función Judicial
01110	20-IV	---	(Sólo cita dictámenes previos) Los incrementos de remuneraciones deben contar con la disponibilidad efectiva de fondos en la respectiva partida del presupuesto institucional de que se trate y es de exclusiva responsabilidad de las autoridades que lo autoricen
01195	27-IV	---	La Contraloría es el organismo competente para la designación del Auditor Interno del Banco Central. La Contraloría tiene competencia para ejercer el control externo de las operaciones administrativas del Banco Central del Ecuador, mientras que, compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, el control de sus operaciones financieras
01221	27-IV	---	Aplicación del artículo 54 de la Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación. Criterio de competencia en lugar del jerárquico para distinguir las leyes orgánicas de las ordinarias.
01222	27-IV	---	No existe objeción legal para que el Municipio del Cantón Pichincha, de contar con los recursos económicos suficientes y la respectiva partida presupuestaria, aporte voluntariamente al fondo de cesantía municipal.
01223	27-IV	---	No procede el pago de dietas a los miembros del Comité de Contrataciones que prestan sus servicios regularmente en la entidad; en consecuencia, tampoco es legal y procedente el pago retroactivo por este concepto
01224	27-IV	---	Es procedente el pago de dietas a los miembros del Directorio del Centro de Transferencia y Desarrollo Tecnológico ESPE-SECAI, inclusive militares activos si tiene calidad de docentes, por su propia reglamentación, incluido el Secretario; la ESPE tiene competencia para fijar dietas para los miembros de sus cuerpos colegiados
01225	27-IV	---	La Superintendencia de Telecomunicaciones debe aplicar para fines

			de control y de juzgamiento administrativo, las disposiciones del Reglamento para la Prestación de Servicios de Valor Agregado vigente, de 2002, aunque los permisos fueron obtenidos con fecha anterior a esta publicación
01226	27-IV	---	Imposibilidad de absolver una consulta referida a la persona que le corresponde ejercer la Presidencia de la Cámara de Agricultura de la Cuarta Zona
01238	30-IV	---	Actuó legalmente un Concejo Municipal en la creación de una Corporación Ambiental, siendo legal el apoyo económico de la misma, mediante la suscripción de convenios para los gastos corrientes de la corporación, hasta que esta sea autosustentable
01243	30-IV	---	Corresponde a la propia Dirección Nacional de Rehabilitación Social el analizar la posibilidad de contratar un seguro de asistencia médica para los servidores de la institución, siempre y cuando conste en el presupuesto institucional aprobado
01273	2-V	---	Imposibilidad de que la Procuraduría se pronuncie sobre una resolución del Congreso por la que se declara concluido el periodo para el cual fueron designados los vocales del Tribunal Constitucional
01286	3-V	---	Las tierras comunitarias que mantienen en posesión los pueblos montubios no se encuentran exentas del pago del impuesto a los predios rurales
01318	3-V	---	Imposibilidad de absolver una consulta que no fuera planteada por la máxima autoridad y que es objeto de examen especial por la Contraloría
01322	3-V	---	No se puede absolver una consulta sobre erróneo cálculo de contribución especial de mejoras. Plazo máximo de títulos de crédito por esta contribución. Vigencia de las ordenanzas municipales
01323	3-V	---	No existe prohibición legal para que la designación del Secretario - Tesorero de una Junta Parroquial recaiga en la misma persona que ostentaba este cargo en el período anterior. Si un funcionario es nombrado a mitad de período, es procedente concluir que desempeñará sus funciones por el tiempo que falte para terminar el período de los miembros de la Junta que lo

			eligieron. Corresponde, a la propia Junta, dictar la respectiva reglamentación que norme la forma de designación del Secretario - Tesorero
01324	3-V	---	Imposibilidad de absolver una consulta respecto de un efecto derivado de un examen especial de auditoría realizada por la Contraloría General del Estado
01325	3-V	---	No es procedente que el Gobierno Municipal de Balsas continúe realizando el pago por concepto de subsidio de antigüedad
01327	3-V	<p>“El Art. 119 de la Constitución Política de la República, consagra el principio fundamental del derecho público de que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos pueden ejercer únicamente las atribuciones que la Constitución y la ley expresamente le confiere. El Art. 36 de la Ley de Contratación Pública, prescribe que cuando la más alta autoridad del respectivo organismo o entidad del sector público haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble procederá a la declaratoria de utilidad pública de acuerdo con la ley, ... y, al tenor de lo dispuesto en el Art. 783 del Código de Procedimiento Civil, la declaratoria de utilidad pública para fines de expropiación, Sector Público, <u>de acuerdo a las funciones que les son propias</u> (El resaltado es mio). En la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, artículos 4 y 5, se detallan con claridad las atribuciones y</p>	Las juntas parroquiales carecen de la facultad para adquirir bienes inmuebles. Los gobiernos municipales deben hacerlo a favor de las juntas parroquiales

		competencias de las Juntas Parroquiales, entre las cuales no consta facultad alguna para adquirir bienes inmuebles, ni la potestad para declarar de utilidad pública bienes de particulares. ...”	
01330	4-V	---	Imposibilidad de absolver una consulta sobre un caso concreto
01337	4-V	---	Imposibilidad de absolver consultas formuladas por una autoridad que no se la máxima de la consultante y sin que acompañe la opinión del asesor jurídico
01359	4-V	---	No cabe descalificar a una consejera en base a una denuncia por un delito, sino únicamente si se establece su cometimiento en sentencia.
01362	4-V	---	Las áreas o zonas verdes de toda urbanización, parcelación o lotización no pueden ser enajenadas por el respectivo Municipio
01373	4-V	---	No cabe un nuevo pronunciamiento de la Procuraduría cuando las circunstancias que motivaron la consulta original no han variado
01374	4-V	---	Es facultad de la Dirección Financiera, a través del Tesorero Municipal, proceder a otorgar los certificados liberatorios a los propietarios de bienes inmuebles del sector rural que no se encuentren catastrados. Es de competencia y exclusiva responsabilidad de la administración municipal, ingresar al catastro los bienes inmuebles del sector rural y expedir los correspondientes títulos de crédito
01375	4-V	---	La concesión para la ejecución de actividades mineras no constituye concesión de un servicio público ni de una obra pública t por lo tanto no habilita el ingreso de mercaderías bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado
01377	4-V	---	Sugerencia de que el liquidador de MODERSA obtenga del Ministro de Salud del que forma parte el Proyecto, la autorización que legitime la adopción de uno u otro mecanismo de negociación de las notas de crédito que posee o que solicite al Ministro que determine a qué entidad se

			deberán endosar esos títulos valor.
01378	4-V	---	Ni cabe demandar la prescripción de los terrenos donde se asienta el aeropuerto de Ibarra por la DAC, sino ejecutar la sentencia de expropiación a favor del Estado ecuatoriano (Ministerio de Defensa) de dichos terrenos, inscribiéndola en el Registro de la Propiedad
01379	4-V	---	Es conforme a derecho que un Concejo Cantonal conceda licencia remunerada a un Alcalde. La designación del Auditor Interno de una municipalidad es de competencia del Concejo Cantonal y no se requiere de ninguna autorización para su designación.
01384	4-V	---	El Alcalde no puede contratar como Directora del Departamento de la Unidad de Saneamiento Ambiental a la prima hermana de uno de los concejales, por constituir nepotismo.
01385	4-V	---	La indemnización por supresión de puesto debe considerar todo el tiempo del servicio en el sector público y no sólo el tiempo desde que se expidió el último nombramiento, excepto si recibió una indemnización previa por el mismo concepto, en la que la indemnización se calcula desde el reingreso al sector público
01386	4-V	---	La inhabilitación por destitución opera desde la notificación del acto, no desde la decisión judicial de su impugnación.
01387	4-V	---	Un concejal en funciones puede seguir laborando en una empresa eléctrica (de derecho privado pero de propiedad accionaria pública) y ejercer la dignidad para la que fue elegido por votación popular
01388	4-V	---	La prohibición para segundas nupcias durante un lapso de trescientos días obedece exclusivamente a que puede producirse confusión en la paternidad., y por lo tanto corresponde exclusivamente a la ex cónyuge mujer, no así al varón; sin que quepa atacar la norma como discriminatoria. Las sentencias de divorcio de matrimonios celebrados en el Ecuador, emitidas en país extranjero, para ser marginadas en las actas de matrimonio que constan en el Registro Civil Ecuatoriano, no tienen que ser convalidadas por un Juez ecuatoriano
01389	4-V	---	El Jefe Político que subroga al Gobernador, tiene derecho al pago de la diferencia de la

			remuneración mensual unificada que percibe dicha autoridad
01390	4-V	---	Dada la naturaleza especial de las actividades y funciones que lleva a cabo la Orden de Malta en el país y, considerando la existencia de un Acuerdo de Cooperación firmado entre ambas Partes, es aplicable a los representantes diplomáticos de la Orden el régimen especial de inmunidades, privilegios y franquicias, en el ámbito exclusivo del desempeño de las funciones y deberes de carácter oficial, sin atender al hecho de que sean ciudadanos ecuatorianos o no.
01391	4-V	---	El Reglamento de Pago de Dietas en el Sector Público expedido por la SENRES no es aplicable a las dietas percibidas por los Concejales, puesto que éstas se hallan reguladas expresamente por la Ley Orgánica de Régimen Municipal
01393	4-V	“La Ley de Régimen Provincial, no contempla entre sus disposiciones, la posibilidad de que los consejeros participen en los directorios de las empresas de derecho privado con capital estatal”	El pago de dietas a los particulares que no perciben ingresos del Estado, ni de las empresas privadas con capital estatal en las que integran los directorios, estará sujeto a las regulaciones que expidan las entidades públicas accionistas de dichas empresas, teniendo en cuenta para el efecto, las regulaciones que emita la SENRES para el pago de dietas en el sector público. Los consejeros provinciales no pueden conformar directorios y consecuentemente percibir dietas de las empresas de derecho privado que manejen recursos públicos de la Prefectura
01419	7-V	---	La cuantía de los contratos que tienen por objeto la tercerización de servicios incluye la respectiva comisión y las remuneraciones del personal
01420	7-V	---	Si se inscribió a un representante legal de una compañía en el registro de contratistas incumplidos por su participación en dicha compañía al momento de la terminación anticipada y unilateral, no podría ser excluido del registro, cuando deje sus funciones. Por lo tanto, tampoco podría extenderse esta inscripción a aquellos representantes legales de personas jurídicas que asumen sus funciones en reemplazo del representante legal que ya fue inscrito en el mencionado registro.

01423	8-V	---	Es de competencia privativa del Presidente de la República, señalar la fecha desde la cual deberá hacerse efectiva la pensión vitalicia en favor de los deportistas que hayan obtenido u obtengan preseas
01426	8-V	---	Los concejales no requieren la presentación de facturas para poder percibir sus dietas y estos ingresos están sujetos a la retención del impuesto a la renta
01460	9-V	---	Procedimientos de contratación en situaciones de emergencia, inclusive cuando supere los montos de menor cuantía. Cabe delegar la adjudicación a la Dirección de Desarrollo Organizacional y eventualmente, dependiendo de sus funciones, a Unidades Ejecutoras.
01479	9-V	---	Según el numeral 6° de la letra a) del artículo 35 de la Ley de Servicio de Cesantía de la Policía Nacional se destina en beneficio del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, un porcentaje de los ingresos provenientes de los contratos de prestación de servicios policiales. Dichas normas prevalecen respecto del Decreto Ejecutivo No. 1286, cuyas disposiciones no pueden aplicarse en cuanto afecten el porcentaje de recursos que constituyen asignación legal para financiar los fondos ordinarios del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional.
01492	10-V	---	Imposibilidad de atender la consulta por cuanto no la formuló la máxima autoridad de la consultante.
01517	11-V	---	En los contratos de ejecución de obras suscritos y financiados con fondos provenientes de los convenios de transferencia de fondos celebrados con el MIDUVI y la Municipalidad consultante, es procedente descontar a los contratistas el 4% por concepto de supervisión y fiscalización de obras, aunque dicho rubro no haya estado contemplado en los documentos precontractuales, en la oferta, ni en el contrato y aun cuando en dichos convenios el Municipio se haya comprometido a sufragar los costos de la fiscalización
01520	11-V	---	No procede que una Junta Parroquial cambie los valores establecidos en una ordenanza expedida por el Concejo

			municipal, en la que se establece la tasa por ocupación de bóveda
01522	11-V	---	<p>No constituye nepotismo el nombramiento o contratación del cónyuge o pariente del concejal suplente, mientras dichos actos se hayan dado durante la suplencia; por lo que, en caso de ser principalizado como concejal, el servidor no debe renunciar.</p> <p>Mientras el concejal suplente no se principalice de manera definitiva, puede ser nombrado empleado o funcionario municipal. En caso de que le corresponda actuar de manera temporal u ocasional en calidad de concejal principal, deberá solicitar licencia sin remuneración</p>
01523	11-V	---	<p>Tanto el personal civil como en servicio activo de la Policía Nacional que presta sus servicios en la Provincia de Galápagos tiene derecho a la bonificación prevista en el inciso segundo de la Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, en tanto no se hayan unificado sus remuneraciones</p>
01527	11-V	---	<p>El Ministerio de Economía y Finanzas puede recibir en dación en pago por parte de la AG.D, los bienes inmuebles que a su vez le transferirían en pago a la AGD, las instituciones financieras en liquidación</p>
01545	14-V	---	<p>Un servidor público no tiene impedimento para desempeñarse como miembro de la Junta Bancaria, siempre y cuando esta última función, no esté sujeta a remuneración sino al pago de las dietas</p>
01558	14-V	---	<p>El Consejo Nacional de Capacitación y Formación Profesional tiene facultades jurídicas suficientes, para intervenir como constituyente de fideicomisos mercantiles</p>
01559	14-V	Se cita el artículo 119 de la Constitución	<p>Para la suscripción de convenios el Alcalde no requiere de la autorización del Concejo, siempre y cuando dichos convenios de cooperación no estén relacionados con la asociación de otros municipios o con entidades públicas para la ejecución de obras o prestación de servicios</p>
01560	14-V	---	<p>No es viable la condonación del impuesto predial por el lapso de diez años a favor de todos los moradores de un lugar en el que funcionó el relleno sanitario, así como el</p>

			cobro de la tasa de recolección de la basura para todo el sector por veinte años, pero sí es posible la exoneración de esta última tasa.
01561	14-V	---	Las personas que fueren influenciados por la realización de planes reguladores municipales, deberán ceder gratuitamente sus terrenos en un 5%; y de igual manera, a ser compensados por el exceso y por las construcciones, en caso de existir. En el caso de parcelaciones, a ceder gratuitamente la superficie de terreno para vías, espacios abiertos, libres y arborizados y de carácter educativo, hasta un 35%
01562	14-V	---	Un servidor público no necesita solicitar una licencia sin sueldo para desempeñar la dignidad de vocal de una junta parroquial; consecuentemente puede percibir su remuneración como servidor público y las dietas por cada sesión a la que asista
01563	14-V	---	El ISSFA cuenta con la facultad para participar como constituyente original o adherente en un negocio fiduciario
01564	14-V	---	La Orquesta Sinfónica sólo puede celebrar contratos civiles con músicos extranjeros, conforme al Reglamento a la LOSCCA y aplicando la banda salarial pertinente
01581	15-V	---	Las dietas de los concejales no generan IVA y en caso de haberse hecho un pago por este concepto corresponde la presentación de un reclamo por pago indebido. No es procedente que la Municipalidad retenga a los concejales el 5% por concepto de retención del Impuesto a la renta prevista en la Resolución No. 182. Al encontrarse en vigencia el proceso de unificación salarial, no procede el reconocimiento del subsidio de antigüedad al Alcalde. Los gobiernos cantonales no obstante su autonomía, están subordinados al ordenamiento constitucional y legal que rige en el país
01582	15-V	---	Es procedente que se descuenten los Aportes Personales a los trabajadores en lo que perciben por concepto de horas suplementarias y extraordinarias
01583	15-V	---	Es procedente que se de a conocer al Ministerio de Economía y Finanzas toda la información financiera contenida en las cuentas del tipo TG, TR, CE, TI, incluidas las de los gobiernos seccionales y de las que

			es depositario oficial el Banco Central del Ecuador, no siéndole oponible la alegación de reserva o sigilo bancario en su contra, por cuanto en lo que a materia de utilización de depósitos y acreditaciones de fondos públicos se refiere, dicho banco se encuentra a órdenes de ese Ministerio.
01584	15-V	---	Hasta que se dicten las políticas previstas en la Disposición General Décima del Reglamento a la LOSCCA, las universidades, escuelas politécnicas públicas, el CONESUP y el CONEA, deben continuar aplicando la reglamentación interna aprobada por sus órganos colegiados superiores para regular sus relaciones con el personal de empleados y trabajadores
01585	15-V	---	¿Cuando una persona natural o jurídica participa como socio o accionista de dos o más empresas constituidas exclusivamente para la explotación de terminales portuarios comerciales privados, le es aplicable el artículo 5 reformado de la Resolución 082/01 del Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos por el cual se prohíbe que una persona natural o jurídica sea accionista en más de una de las empresas portuarias constituidas para la explotación de puertos o terminales portuarios comerciales de carácter público o privado?
01586	15-V	---	La resolución del Concejo de imponer el nombre del ex Alcalde del Cantón al salón auditorio, viola el Art. 64, numeral 13 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Siendo el Alcalde y el Secretario del Concejo los que, por ley, tienen atribución para suscribir las actas de las sesiones del concejo, es improcedente e ilegal que tal actividad la realicen los Concejales
01587	15-V	---	La Ley de Régimen Municipal no determina el procedimiento de elección del Vicepresidente del Concejo ni del Concejal delegado a la Comisión de Mesa; por tanto, le corresponde al cuerpo edilicio reglamentarlo
01589	16-V	---	El INDA no está facultado a realizar o practicar avalúos provenientes de procesos o trámites de afectación que fueron conocidos por el ex IERAC o por el ex Comité Regional. Cualquier obligación que pudo haber tenido el Estado en relación a

			expropiación de dichos predios se encuentra extinguida por efecto de prescripción, lo que deberá ser alegado oportunamente por el INDA.
01622	17-V	---	De existir ausencia definitiva del Alcalde, le corresponde al Vicepresidente del Concejo reemplazarle, por el tiempo que falte para completar el periodo. Consecuentemente, si el Vicepresidente del Concejo Municipal ha asumido legalmente las funciones de Alcalde, el Banco Central del Ecuador y las demás instituciones pertinentes deben garantizar que el Gobierno Municipal pueda administrar las cuentas y recursos financieros que le corresponde a dicho gobierno seccional
01636	17-V	---	El régimen de remuneraciones aplicable a los servidores del CONSEP es el establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos; en tanto que el pago de dietas de los funcionarios y servidores del CONSEP, estará sujeto a las normas que para el efecto haya expedido la SENRES
01637	17-V	---	Atribuciones que corresponden a la comisión de 3 personas que nombra la asamblea parroquial
01638	17-V	---	Los consejeros no están comprendidos dentro del servicio civil. ni están obligados a presentar facturas para percibir las dietas que les corresponde
01639	17-V	---	Revocatoria de declaratoria de utilidad pública
01640	17-V	---	Corresponde a la junta parroquial resolver sobre la remoción de sus vocales, estableciendo si efectivamente se encuentran incursos en alguna de las causales de incompatibilidad e inhabilidad
01641	17-V	---	Corresponde al CLIRSEN, al definir los procedimientos de valoración y clasificación de puestos, precautelar que para efectos del nombramiento de nuevo personal, no se afecten los principios constitucionales, entre ellos que la remuneración guarde proporcionalidad con respecto a las funciones, eficiencia y responsabilidad del puesto. El personal que el CLIRSEN requiera a futuro, tendrá derecho a percibir por concepto de remuneración mensual unificada, valores

			iguales a los que corresponda a los servidores que ingresaron antes de la promulgación de la LOSCCA, en función del puesto que ocupen, salvo que la remuneración fijada por la SENRES fuere mayor, evento en que se aplicará esta última
01649	17-V	---	El hábeas corpus debe interponerse ante el alcalde de la jurisdicción en la que la persona se encuentra detenida, sin importar que éste, por cualquier circunstancia, se encuentre en otra ciudad, pues esto no altera la situación jurídica del detenido, ni de la autoridad que deba conocer el hábeas corpus
01716	22-V	---	Imposibilidad de absolver una consulta que atañe a un tema que es de conocimiento de una judicatura
01721	22-V	---	El Tribunal Supremo Electoral tiene autonomía administrativa y económica para su organización y para el cumplimiento de sus funciones, como le corresponde dentro del marco constitucional y legal vigente
01731	22-V	“Además, se considera que la renovación no debe implicar violación del régimen de libre competencia del mercado de seguros, establecido en el citado artículo 75 de la Ley General de Seguros, puesto que, si se permitiere que una sola contratista de seguros sea la que suscriba las renovaciones por largos e inadecuados plazos, se atentaría contra los principios de derecho público arriba mencionados y que son de la esencia misma del concurso de ofertas; y, lo que es más, se violentaría el artículo 119 de la Constitución Política de la República que dispone que los entes públicos y sus servidores sólo pueden hacer aquello que está previsto en la ley”	Es procedente la renovación de los contratos de seguros que fueron adjudicados mediante concurso de ofertas, siempre que la renovación se realice en iguales términos y condiciones que las pólizas originales, variando únicamente su vigencia. Además se sugiere: se debe limitar, tanto la vigencia del contrato original de seguros como de sus renovaciones, al tiempo estrictamente conveniente para los intereses públicos, debe evitarse el monopolio o cualquier otra figura que limite el libre acceso de otras empresas a los contratos de seguros, enervando el derecho a la libre competencia establecido en la ley, la renovación del contrato de seguros se realice por una sola vez y hasta por un plazo máximo igual al del contrato original
01761	23-V	---	Imposibilidad de absolver esta consulta, por

			canto es atribución de las Direcciones Regionales del Trabajo absolver las consultas relacionadas a las leyes y reglamentos del trabajo
01868	30-V	---	No se reconsidera una consulta al estar vigentes sus fundamentos
01891	30-V	---	Las causales para la remoción de los miembros de las juntas parroquiales se encuentran señaladas en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales y el procedimiento de remoción en el artículo 93 Reglamento de Aplicación de dicha Ley. Adicionalmente, la decisión de la Junta puede ser impugnada ante el Concejo Municipal del respectivo Cantón, sin perjuicio de recurrir ante el Tribunal Constitucional
01897	31-V	---	Realizada la deducción de utilidades en beneficio de los trabajadores, los excedentes corresponden al Fondo de Solidaridad y deben ser destinados a la ejecución de los programas de desarrollo humano. Las utilidades que provengan de los rendimientos financieros de las inversiones del Fondo deben destinarse a financiamiento de los programas específicos establecidos por las respectivas leyes (maternidad gratuita, incremento de pensiones jubilares, y Corpecuador), una vez deducidos los costos financieros, administrativos y operativos del Fondo, advirtiéndose que en caso de haber excedentes de los rendimientos financieros, deberán destinarse a los programas de desarrollo humano.
01911	1-VI	---	Por supremacía constitucional, la Superintendencia de Compañías, como entidad pública autónoma, está facultada para determinar sus propias escalas salariales institucionales y por tanto no está obligada a sujetarse en esa materia a las Resoluciones de la SENRES
01912	1-VI	---	Imposibilidad de absolver una consulta sobre un contrato respecto del cual la Procuraduría ya emitió un informe favorable. Responsabilidad para definir a los contratistas incumplidos.
02035	7-VI	---	Procede que el Ministerio Público incluya en las liquidaciones de haberes de los servidores que hayan cesado definitivamente en sus funciones, los

			valores por concepto de vacaciones no gozadas correspondientes a períodos anteriores, hasta por sesenta días, según el Reglamento General de Administración de los Recursos Humanos del Ministerio Público, al no ser aplicable en el caso la LOSCCA y su Reglamento
02036	7-VI	---	Es procedente que al personal que ha cumplido dos meses ininterrumpidos de trabajo, se le reconozca el pago de las bonificaciones bimestrales en el Ministerio Público. Es improcedente la cancelación de estas bonificaciones por meses posteriores a la cesación de sus funciones
02087	12-VI	---	Un miembro del Directorio del Banco Central que renuncie a sus funciones y la misma fuere aceptada, no tiene impedimento para desempeñar el cargo de Gerente del Banco Central del Ecuador
02096	13-VI	---	Imposibilidad de absolver una consulta sobre una materia que está en conocimiento de un órgano jurisdiccional
02105	14-VI	<p>“Conforme se desprende de la comunicación enviada por la Dirección Regional 2 de la Contraloría General del Estado, con sede en Cuenca, que se adjunta al oficio que contesto, existiría objeto ilícito en la celebración de dichos convenios con la empresa de distribución eléctrica de la provincia de Morona Santiago, al contravenir la Ley Orgánica de Régimen Municipal, normativa de Derecho Público que no le faculta a la municipalidad utilizar recursos municipales para tales fines.”</p> <p>“... el Art. 14 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal determina las funciones primordiales de los municipios, que resumen las competencias municipales dentro de su respectiva jurisdicción</p>	Existe objeto ilícito en que una Municipalidad, a través de convenios celebrados con una Empresa Eléctrica aporte recursos de su presupuesto para cofinanciar obras de distribución eléctrica y de alumbrado público, dentro del área de su jurisdicción cantonal.

		<p>cantonal. Entre dichas competencias, no se encuentra ninguna disposición expresa que faculte a las municipalidades para realizar inversiones de recursos municipales a fin de ejecutar obras de electrificación, sea urbana o rural, dentro de su jurisdicción.”</p> <p>“Del análisis constitucional y legal que antecede, y atento el principio de legalidad consagrado por el Art. 119 de la Constitución Política del Estado, se desprende que las municipalidades no tienen competencia sobre el servicio de electrificación, y por tanto no pueden con sus recursos hacer inversiones en proyectos eléctricos.”</p>	
02106	14-VI	---	La venta de bienes inmuebles por parte del Banco Central del Ecuador deberá sujetarse al avalúo que realice la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros
02130	14-VI	---	No se puede absolver una consulta que no se refiera directamente a la entidad consultante
02131	14-VI	---	Las unidades desconcentradas y adscritas pueden llevar adelante los procedimientos de selección y contratación, previa delegación y tras disponer la transferencia de los recursos económicos necesarios para el efecto. Si un trámite de importación de medicamentos se inicia cuando el país se encuentra en estado de emergencia sanitaria, esto es sin el respectivo permiso sanitario, éste trámite concluye cuando se ha terminado el periodo de emergencia, se debe exigir el registro sanitario para la desaduanización de los medicamentos.
02132	14-VI	---	Imposibilidad de absolver una consulta sobre las condiciones económicas de una dación en pago: si los bonos a entregar deben recibirse a valor nominal o de

			mercado. En este caso no son aplicables los mecanismos de negociación bursátil establecidos en la Ley de Mercado de Valores, de conformidad con la excepción establecida por el numeral 3° del artículo 141 de la LOAFYC, pues se trata de una negociación de bonos, que se efectuaría en forma directa entre dos entidades del sector público: el Estado ecuatoriano - Ministerio de Economía y Finanzas, y la Armada Nacional
02184	21-VI	---	Es procedente en el contexto de una emergencia invertir los fondos públicos destinados a otros fines, así los de Autoridad Portuaria de Guayaquil, ingresados por tasas portuarias, para destinarlos a atender la emergencia carcelaria. No es aplicable la Disposición Transitoria Trigésima Séptima de la Constitución que ha cumplido su vigencia y carece de eficacia jurídica, en razón de regir plenamente las normas del cuerpo orgánico de la Norma Fundamental
02186	21-VI	---	El Tribunal Constitucional goza de autonomía administrativa y presupuestaria para establecer su propio régimen de remuneraciones, y para regular su propio sistema de administración del recurso humano institucional. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 5 y Disposición General Sexta de la LOSCCA, los funcionarios y servidores de ese organismo están sujetos a los derechos, deberes, obligaciones, prohibiciones; y, a las normas relativas al nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, inhabilidades y prohibiciones para desempeñar cargos públicos contemplados en esa Ley.
02225	22-VI	---	Es atribución expresa del alcalde formular el orden del día de las sesiones del concejo, el mismo que no podrá ser modificado por los ediles durante la sesión; en caso de existir iniciativas de parte de los concejales deberán encaminarlas previamente a través del alcalde, a fin de que éstas sean incluidas en el orden de asuntos a tratarse en la reunión ordinaria del concejo para la que se convoque. Una vez agotado el orden del día

			propuesto para una sesión del concejo, quienes lo integren tienen la facultad de proponer al seno del cabildo, se traten otros temas ajenos a los previstos para la sesión.
02226	22-VI	---	Imposibilidad de absolver una consulta respecto de un tema pendiente de resolución ante una impugnación administrativa y eventualmente judicial.
02227	22-VI	---	La autorización que se requiere para declarar en comisión de servicios al exterior a un funcionario de la CAE, deberá provenir de su máximo personero, debiendo para ello cumplirse con todos los presupuestos fácticos que se señalan en la LOSCCA. En cuanto a lo que refiere al pago y reconocimiento de viáticos para los funcionarios y servidores declarados en comisión al exterior, la CAE ha de sujetarse a lo dispuesto por la SENRES
02228	22-VI	---	La intervención de los Alcaldes de los Municipios de Jipijapa, Paján y Puerto López, o sus respectivos delegados, para integrar el Directorio de la Junta de Recursos Hidráulicos de esos cantones, y su eventual designación a la Presidencia de ese Órgano colegiado, es procedente y no contraviene la prohibición constante en la Ley de Régimen Municipal, tanto más que los fines para los que la Junta de Recursos Hidráulicos fue creada, coinciden con funciones primordiales asignadas a los Municipios.
02230	22-VI	---	El pronunciamiento sobre el tema materia de consulta, ha sido ratificado por la Procuraduría General del Estado, y por tanto siendo definitivo en los términos del cuarto inciso de su Ley Orgánica, no procede una nueva consulta sobre la misma materia.
02234	22-VI	---	Imposibilidad de que la Procuraduría absuelva la consulta, al referirse a dos casos específicos
02235	22-VI	---	El Comité Organizador de los VIII Juegos Deportivos Regionales Amazónicos "ZAMORA 2007" para realizar los procesos de contratación se debe someter a su propia normatividad, sin sujetarse a los procedimientos previstos en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, en la Ley de Consultaría, y en las demás Leyes y Reglamentos que rigen la materia

02237	22-VI	---	El tema objeto de la consulta se refiere a resoluciones administrativas, que son susceptibles de impugnación o declaratoria de nulidad, en la vía judicial correspondiente. Por lo expuesto, la Procuraduría se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto
02238	22-VI	---	El tema objeto de la consulta se refiere a una materia sujeta a conocimiento del Tribunal Constitucional. Por lo expuesto, la Procuraduría se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto
02240	22-VI	---	El Decreto Ejecutivo No. 3 no es aplicable a los funcionarios y servidores de la Superintendencia de Bancos y Seguros
02241	22-VI	---	Al pertenecer Petroecuador y sus empresas filiales al sector público, no están obligadas a pagar el impuesto del 1.5 por mil sobre sus activos totales, así como tampoco el impuesto de patentes municipales. Las empresas palmiculturas que elaboran productos como aceites y más derivados están obligados a pagar el impuesto a los activos totales, únicamente sobre los productos elaborados
02243	22-VI	---	Si un bien municipal dejó de cumplir su finalidad, es decisión y responsabilidad exclusiva del Concejo cambiar su categoría de público a privado y proceder a entregarlo en donación a la Unión Nacional de Educadores
02244	22-VI	---	El CONSEP debe analizar la posibilidad de modificar los contratos de comodato de los bienes bajo su custodia, para introducir las correspondientes seguridades jurídicas
02247	22-VI	---	La Procuraduría no está facultada para absolver una consulta respecto de si las dietas que perciben los consejeros están gravadas con el impuesto al valor agregado
02248	22-VI	---	La Procuraduría no puede pronunciarse sobre una materia que fue objeto de un examen especial de Contraloría
02249	22-VI	---	Una Municipalidad no necesita del informe favorable de la Procuraduría General del Estado para intervenir como socio y aportar un bien inmueble de su propiedad para ser accionista en una compañía de economía mixta para la administración del camal
02250	22-VI	---	De existir el informe favorable de la Unidad Financiera con respecto a la disponibilidad

			<p>presupuestaria así como de la Unidad Administrativa y de Recursos Humanos que justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de la propia institución, procede la contratación por parte de la Municipalidad de servicios profesionales o su renovación con sujeción a los procedimientos señalados en la LOSCCA, su Reglamento y a los artículos 30 y 38 de la Resolución 000141 de la SENRES</p>
02251	22-VI	---	<p>Para instalar una sesión de Directorio de la Junta Nacional se conforma el quórum con por lo menos cuatro de sus miembros. Las decisiones o resoluciones del Directorio de la Junta Nacional de Defensa del Artesano se tomarán con mayoría simple de votos nominativos; es decir, con la mitad más uno de los miembros que conformen el quórum según la sesión; así si el quórum se conformare de cuatro o de cinco miembros; la mayoría simple equivale a la votación de tres de sus miembros</p>
02252	22-VI	---	<p>La negativa de un consejero a integrar las comisiones permanentes o especiales constituye un flagrante incumplimiento de las obligaciones que al consejero provincial le corresponden. Por tanto, el pleno del Consejo Provincial, en uso de su autonomía, puede resolver sobre la destitución del consejero</p>
02253	22-VI	---	<p>Para la enajenación de un bien municipal se deberá estar al avalúo original sin que le afecte la realización de un avalúo posterior</p>
02254	22-VI	---	<p>Las municipalidades tienen facultad para expropiar los bienes inmuebles que requieran, sin intervención en el proceso de organismo alguno del Gobierno Central. En este sentido, los avalúos de los bienes a expropiarse deben ser los practicados por la correspondiente municipalidad</p>
02255	22-VI	---	<p>El caso que motiva la consulta se halla sometido a una decisión judicial, situación que impide que la Procuraduría se pronuncie. Los gobiernos seccionales no requieren de la autorización del Procurador para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado</p>
02256	22-VI	---	<p>La Procuraduría no está facultada para</p>

			absolver una consulta respecto de si las dietas que perciben los consejeros están gravadas con el impuesto al valor agregado
02257	22-VI	---	Los profesionales con título universitario, incluidos los de carrera intermedia y los tecnólogos en libre ejercicio de su profesión, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto
02258	22-VI	---	Las municipalidades pueden adquirir bienes inmuebles de otras instituciones públicas, sin intervención en el proceso de organismo alguno del Gobierno Central. En este sentido, los avalúos de los bienes a expropiarse deben ser los practicados por la correspondiente municipalidad
02259	22-VI	---	Al haberse celebrado únicamente el acta de entrega recepción provisional de la obra, el contrato se encuentra vigente y por tanto, procedería su terminación anticipada y unilateral siempre que concurren las causales de la ley, el correspondiente reajuste de precios. En la liquidación final del contrato, los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la liquidación y que vencido este término, causarán intereses legales y los daños y perjuicios que se probaren
02261	22-VI	---	La contribución al SECAP es obligatoria únicamente para los empleadores de las empresas públicas o privadas que realizan actividades industriales, comerciales y de servicios, mientras que la contribución al IECE es obligatoria para todas las entidades descritas en el Art. 118 de la Constitución
02263	22-VI	---	La estabilidad de los servidores de carrera del Banco del Estado se regula por las disposiciones de la LOSCCA. Para los cargos de libre nombramiento y remoción, deberá tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 92 letra b) de la LOSCCA., cuya enumeración no es taxativa sino ejemplificativa, por lo que, el puesto deberá ser considerado de libre nombramiento y remoción en tanto las funciones impliquen gestión de dirección o representación
02273	22-VI	---	En atención a la naturaleza tributaria de sus tarifas, el CRM puede ejercer la jurisdicción coactiva que le confiere el artículo 40 de la

			Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí, de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Tributario, siendo aplicable en forma supletoria el Código de Procedimiento Civil
02276	25-VI	---	Los criterios vertidos por la Procuraduría General del Estado respecto de las remuneraciones en el CONSEP son vinculantes y obligatorios para la Contraloría General del Estado y sus unidades de auditoría
02322	26-VI	---	El Concejo Municipal debe resolver si operó una causal de remoción del Alcalde. No cabe el pago de la remuneración al Alcalde privado de libertad al no haberla devengado ni al ser procedente ninguna licencia
02323	26-VI	---	Procede el derecho de repetición por parte de las instituciones del Estado siempre que judicialmente se haya declarado que el funcionario respectivo causó el perjuicio por dolo o culpa grave, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal
02324	26-VI	---	No es procedente realizar la adquisición de una mini excavadora para la ejecución del "Proyecto Piscícola Shuar Washen", en la provincia de Pastaza, con la donación del 25% del impuesto a la renta
02325	26-VI	---	No cabe absolver una consulta sobre aspectos laborales que corresponden a la Dirección Regional del Trabajo
02338	27-VI	---	Es improcedente que la Municipalidad de Rumiñahui, mediante convenios u otro tipo de acuerdos, asuma responsabilidades referidas a obras de urbanización, que son de estricta responsabilidad de los urbanizadores, los mismos deberán realizarlas por su cuenta y con sus propios recursos
02339	27-VI	---	La materia de la consulta está en conocimiento y resolución del Juez de Coactiva de la Agencia de Garantía de Depósitos, por lo que la Procuraduría se abstiene de emitir pronunciamiento
02340	27-VI	---	Dado que el Gerente del Consejo Cantonal de Salud de El Pan, es el titular de la entidad y, por tanto, puede ser nombrado y removido libremente por la autoridad nominadora. Al tener esta calidad, no es

			procedente la reforma a la Ordenanza constitutiva del Consejo Cantonal de Salud, para transformar el período fijo del Gerente en período indefinido.
02342	27-VI	---	No es procedente que un Concejo Municipal realice directamente o dicte un reglamento para el anticipo de dietas
02343	27-VI	---	Un cargo en una empresa eléctrica por parte de un concejal no constituye pluriempleo y como consecuencia de ello, no es incompatible con el cumplimiento de esa dignidad
02344	27-VI	---	Procede la continuidad del Presidente del CEDEM como delegado del Presidente de la República, hasta que sea legalmente reemplazado o ratificado
02345	27-VI	---	Al existir asociaciones de juntas parroquiales aprobadas como personas de derecho privado y público, le corresponderá al propio Ministerio de Gobierno y Policía resolver de manera definitiva sobre la naturaleza de las asociaciones, federaciones o consorcios provinciales de juntas parroquiales rurales
02346	27-VI	---	Las Escuelas de Capacitación para Conductores Profesionales, al no haber observado el requisito reglamentario de mayoría de edad para los alumnos postulantes al curso de conducción profesional, han incumplido con lo establecido en el Reglamento de Escuelas de Capacitación para Conductores Profesionales, por tanto no procede el otorgamiento y renovación de licencias profesionales a dichos alumnos
02355	28-VI	---	Los ecuatorianos que residen en el extranjero que se hayan naturalizado, nacionalizado o adquirido la ciudadanía en otro país con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de la República de 1998, mantienen la ciudadanía o nacionalidad ecuatoriana, y continúan en pleno goce de ella, sin que se requiera de requisito alguno para tal efecto
02356	28-VI	---	Le corresponde al Concejo Municipal resolver mediante ordenanza la aplicación de las tasas por aprobación de división de terrenos rústicos
02370	29-VI	---	En tal virtud, no cabe la baja definitiva de la Escuela Superior Militar de una Cadete, ni

			tampoco debe limitarse su reingreso por “quedar en estado de gravidez” y puede una cadete afectada anteriormente por dicha norma, solicitar su reingreso siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para su admisión
02371	29-VI	---	Imposibilidad de absolver la consulta por corresponder a otros entes administrativos. Debe considerarse que ningún organismo público será privado del presupuesto necesario para cumplir con los fines y objetivos para los que fue creado

**Anexo No. 6**  
**ABSOLUCIONES DE CONSULTA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL**  
**ESTADO ANALIZADAS EN LA PRESENTE TESIS**

A continuación se transcriben las absoluciones de consultas que son analizadas en la tesis por estar vinculadas al principio que se examina. Para facilitar la ubicación de los aspectos que a nuestro juicio se hallan relacionados al principio de legalidad, estos se halan resaltados.

**1.- Oficio No. 00141, de 8 de marzo de 2007**

Señor economista  
Mauricio Pareja C.  
GERENTE GENERAL  
DEL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR  
Ciudad

Señor Gerente:

Me refiero al oficio No. SE-4023-2006-0604158 de 15 de septiembre de 2006, mediante el cual el ex Gerente General consultó si el Banco Central del Ecuador está facultado para invertir los recursos que han sido objeto de alguna medida cautelar, y que por tanto se encuentran depositados en dicha institución, hasta que se dicte una sentencia definitiva, a pesar de que en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos no se contempla expresamente sobre tal atribución, no obstante que en el Art. 24 del Reglamento General de dicha Ley, se faculta para que el Banco Central del Ecuador invierta esos valores.

Adicionalmente se consulta si estos recursos pueden invertirse en el país o en el exterior y en qué porcentajes.

Sobre el particular, manifiesto:

La consulta formulada tiene dos escenarios jurídicos en el ámbito penal: El primero, la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas; y, el segundo el Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos.

La Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, en el Art. 110 dispone:

“Depósito en el Banco Central del Ecuador.- Todo dinero en moneda nacional o extranjera será depositado, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes a la aprehensión o incautación en la Cuenta Especial de Depósitos del CONSEP en el Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador, podrá invertir, por intermedio de las bolsas de valores, hasta el ochenta y cinco por ciento de los dineros depositados en la adquisición de bonos, cédulas hipotecarias o cualquier papel fiduciario de alto rendimiento y liquidez.

El rendimiento de tales inversiones se depositará en una subcuenta especial abierta en el Banco Central del Ecuador, a órdenes del CONSEP, para contribuir a la financiación de su presupuesto y destinarlo exclusivamente a gastos de equipamiento e inversión.

El Banco Central del Ecuador regulará el funcionamiento y la forma de obtener los reembolsos de valores para fines de restitución de dineros a los imputados absueltos.

El Banco indicado notificará al CONSEP todas las operaciones de compra y venta de papeles fiduciarios que realicen. No cobrará comisión alguna por su intervención ”.

El Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, en el Art. 24 expresa:

“Los valores que se acrediten en la cuenta especial de depósito, serán invertidos por el Banco Central del Ecuador en documentos e instrumentos financieros que se negocien en el país o en el exterior, observando los parámetros de seguridad, liquidez y rentabilidad.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 21 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, “el Directorio del Banco Central del Ecuador establecerá el monto de la comisión que represente la inversión de los recursos acreditados en la cuenta de que trata el presente artículo. Dicha comisión será deducida del rendimiento que genere la inversión respectiva”.

Cabe destacar que la norma reglamentaria citada no cuantifica el monto de los valores a invertirse, entendiéndose que podría negociarse la totalidad de tales valores.

El Art. 12 del Reglamento Especial de Control de Bienes publicado en el Registro Oficial No. 362 de 22 de septiembre de 2006, señala que el dinero en moneda nacional o extranjera y el producto de la conversión de títulos valores e instrumentos de libre conversión, que fueren objeto de medidas cautelares, serán depositados en la cuenta especial prevista en la letra c) del Art. 22 del Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos; y que, cuando las divisas o los instrumentos monetarios sujetos a medida cautelar no fueren negociables o canjeables en el mercado nacional, se mantendrán en custodia en el Banco Central del Ecuador de conformidad con lo previsto en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos.

El Art. 37 de la Ley de Mercados de Valores, en su parte pertinente dispone que las inversiones y compraventa de activos financieros que realicen directa o indirectamente las entidades y organismos del sector público, que excedan mensualmente del valor de dos mil seiscientos veintiocho  $90 / 100$  ( 2.628,90 ) dólares de los Estados Unidos de América, deberán realizarse obligatoriamente a través de los sistemas de negociación bursátiles interconectados entre las bolsas de valores establecidas en el país; y que, cuando las operaciones mencionadas se efectúen en mercados extranjeros estarán sujetas a las disposiciones que expida el Directorio del Banco Central del Ecuador.

El Decreto Ejecutivo No. 589 publicado en el Registro Oficial No. 128 de 26 de julio de 2000, relacionado con las Inversiones Financieras del Sector Público en el Art. 1 establece que las inversiones, colocación de recursos y compraventa de activos financieros de todo origen que realicen directa o indirectamente las instituciones del

Estado, autónomas o no, entre estas el Banco Central del Ecuador, deberán realizarse obligatoria y exclusivamente a través del mercado financiero y/o del mercado de valores del Ecuador.

Las referidas inversiones, colocación de recursos y compraventa de activos financieros deberán mantenerse, obligatoria y exclusivamente en instituciones financieras o del mercado de valores, nacionales o extranjeras domiciliadas en el país, autorizadas legalmente para tal efecto; o, en títulos valores debidamente inscritos en el Registro del Mercado de Valores del país, que hayan sido emitidos por instituciones o empresas nacionales o extranjeras domiciliadas en el país, procurando en todos los casos que se escojan aquellas operaciones que garanticen la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez.

De conformidad con el Art. 3 ibídem las inversiones, colocación de recursos y compraventa de activos mencionados, deberán cumplir estrictamente las disposiciones contenidas en el Art. 34 de la Ley de Descentralización y Participación Social; así como en lo que fueren aplicables las referidas en el Art .17 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario- Financiera; en el Art. 37 de la Ley de Mercado de Valores; en el “Reglamento de Subasta serializada e interconectada para las inversiones y compraventa de activos financieros que realicen las entidades del sector público” expedido por el Consejo Nacional de Valores; en el “Instructivo para el control y vigilancia de las inversiones del sector público, por parte de la Superintendencia de Bancos” expedido por la Junta Bancaria; y, en las demás normas legales y reglamentarias pertinentes.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que el Banco Central del Ecuador puede invertir los recursos aprehendidos e incautados que fueren objeto de medidas cautelares y que se encuentran depositados en dicha entidad, en los términos del Art. 110 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y del Art. 24 del Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos.

En el caso de los recursos provenientes del delito de lavado de activos, las inversiones se pueden efectuar en el país o en el exterior hasta por su monto total, observando para el efecto, el Decreto Ejecutivo No. 589 publicado en el Registro Oficial No. 128 de 26 de julio de 2000.

Atentamente,

## **2.- Oficio No. 00337, de 15 de marzo de 2007**

Señor

Capitán de Navío en Servicio Pasivo

Patricio Padilla Mera

**GERENTE GENERAL DE AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA**

Manta.

Señor Gerente General:

Hago referencia a su oficio No. GG-APM No. 1303 de 19 de septiembre de 2006, mediante el cual formula a esta Procuraduría la siguiente consulta:

“Es legal y procedente que Autoridad Portuaria de Manta, pueda exonerar intereses generados por obligaciones pendientes a la Cámara de Comercio de Manta al ser una entidad que goza del derecho de exención determinado en el artículo 33 de la Ley de Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador”.

Una vez que con oficio No. GG-AJ-2006 No. 1533 de 30 de octubre de 2006, se remite la documentación de respaldo a la consulta, que fuera requerida mediante oficio de esta Institución, No. 028782 de 24 de octubre del 2006, se absuelve la consulta planteada en los siguientes términos:

De los antecedentes y documentación enviados por la entidad portuaria que usted gerencia, se desprende que la Cámara de Comercio de Manta, en cuotas pagadas entre los meses de agosto del 2004 y mayo del 2006, ha cancelado el valor total del capital adeudado a Autoridad Portuaria de Manta, por concepto de alquiler del recinto portuario donde se efectuaron ferias organizadas por la mencionada Cámara, y que dicho organismo empresarial privado ha solicitado se le exonere de los intereses generados por la demora en pagar el canon de arriendo convenido.

En primer lugar, se tendrá presente que los valores adeudados por la Cámara de Comercio de Manta no constituyen impuestos fiscales o municipales, ni tasas u otras contribuciones tributarias previstas en las leyes vigentes, sino cánones de arrendamiento por uso de espacios físicos de propiedad de Autoridad Portuaria de Manta, que han sido pactados libremente entre las partes en base a contratos de arrendamiento de dichos espacios. **Por tanto, no es aplicable al caso motivo de la consulta el Art. 33 de la Ley de Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador.**

El Art. 4 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, al referirse a los bienes y recursos de las Autoridades Portuarias, en su letra d), incluye a aquellos provenientes del arrendamiento de sus bienes. En tal virtud, los valores por arrendamiento de espacios físicos dentro del recinto portuario administrado por Autoridad Portuaria de Manta, se generan en aplicación de la Ley citada.

El Art. 21 del Código Tributario, en su segundo inciso, establece que las obligaciones en mora que se generen en la ley a favor de las instituciones del Estado, causarán un sistema de cobro de interés igual a aquellas obligaciones tributarias no satisfechas en el tiempo que la ley establece y sin necesidad de resolución administrativa alguna, esto es, el interés anual equivalente al 1.1 veces de la tasa activa referencial para noventa días establecida por el Banco Central del Ecuador, desde la fecha de su exigibilidad hasta la de su extinción. Este interés se calculará de acuerdo con las tasas de interés aplicables a cada período trimestral que dure la mora por cada mes de retraso sin lugar a liquidaciones diarias; la fracción de mes se liquidará como mes completo.

Revisadas las atribuciones conferidas al Directorio de las Autoridades Portuarias en el Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, así como aquellas otorgadas al Gerente General en el Art. 13 de la misma Ley, no se encuentra facultad alguna para condonar intereses derivados de obligaciones insatisfechas a favor de la

entidad, entre las que se encuentran aquellas provenientes del arrendamiento de los bienes de propiedad de la respectiva Autoridad Portuaria.

En virtud del análisis que antecede, y del principio consagrado en el Art. 119 de la Constitución Política de la República, que impone a las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos, la obligación de ejercer únicamente aquellas atribuciones consignadas expresamente en la Constitución y la ley, Autoridad Portuaria de Manta no se encuentra facultada para conceder ninguna exoneración de intereses a favor de la Cámara de Comercio de Manta, por concepto de cánones de arrendamiento de espacios físicos dentro del recinto portuario, intereses que deberán ser liquidados desde cuando debió ser satisfecha la obligación principal hasta su efectiva cancelación, con la tasa anual determinada por el Art. 21 de la Codificación del Código Tributario, ya mencionado.

Atentamente,

### **3.- Oficio No. 00729, de 4 de abril de 2007**

Señor Tecnólogo  
Manuel Pinto Ramírez  
**ALCALDE DEL CANTÓN DE BALSAS**  
Balsas (Provincia de El Oro)

Señor Alcalde:

Me refiero a su oficio No. 054-GMB-07 de 1 de marzo de 2007, por el cual consulta si es legal y procedente bajar el sueldo a un servidor que solicita el cambio a otra función de inferior nivel al que venía desempeñando por motivos de salud.

Según se desprende de su oficio, mediante acción de personal de 15 de enero de 2007, ha dispuesto el cambio de función solicitado por una servidora que desempeñaba el Cargo de Contadora General al puesto de Auxiliar de Contabilidad, con una remuneración inferior al que venía percibiendo.

El artículo 11 del Código Civil, establece que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, *“con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*.

La Constitución Política de la República, en el artículo 124 determina que las remuneraciones que perciban los servidores públicos *“serán proporcionales a sus funciones, eficiencia y responsabilidades”*.

En forma concordante, el artículo 113 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, dispone que los puestos serán remunerados sobre la base de un sistema que garantice el principio de que la remuneración del servidor y trabajador será proporcional a sus funciones, eficiencia y responsabilidades, observando el principio de que a igual trabajo corresponde igual remuneración.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, no contempla ninguna disposición que permita disminuir la remuneración de un servidor público por cambio de un puesto a otro de inferior categoría; por el contrario, varias disposiciones que establecen movimientos o cambios administrativos de los servidores, precautelan que la remuneración no sea desminuida. Así, el artículo 38 al definir al traslado administrativo, indica que es el movimiento de un servidor público de un puesto a otro vacante, de igual clase y categoría a de distinta clase *“pero de igual remuneración”*; el artículo 39, que determina que los traslados de un puesto a otro podrán ser acordados por la autoridad nominadora, siempre y cuando ambos puestos tengan igual remuneración; y, el artículo 40, que faculta a la autoridad nominadora a autorizar el cambio administrativo entre distintas unidades de la entidad sin que implique modificación presupuestaria y siempre que se realice por necesidades institucionales, por un período de hasta 10 meses en un año calendario, *“observándose que no se atente contra la estabilidad, funciones y remuneraciones del servidor”*.

Inclusive, en el procedimiento de evaluación del desempeño de los servidores públicos, el artículo 86 señala que la calificación servirá de base para el ingreso a la carrera administrativa, *“Ascenso y cesación”*; y concesión de otros estímulos que contemplen esa ley o los reglamento.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Política de la República, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley.

Con fundamento en lo expuesto, no resulta procedente que un servidor sea cambiado de puesto a otro de inferior categoría, con la consecuencia de la disminución de su remuneración.

No obstante, considerando que mediante Acción de Personal esa Municipalidad ya ha dispuesto el cambio de funciones de la servidora para que pase a laborar en un puesto de inferior jerarquía al que venía desempeñando, esta Procuraduría se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto, toda vez que el acto administrativo expedido ha surtido sus efectos.

Atentamente,

#### **4.- Oficio No. 01327, de 3 de mayo de 2007**

Señor  
Félix Rosilio Capa Valdiviezo  
**PRESIDENTE DE LA JUNTA  
PARROQUIAL DE CANGONAMÁ**

Cangonamá (Provincia de Loja)

Señor Presidente :

Me refiero a su oficio sin número de 21 de marzo de 2007, ingresado el 26 de los mismos mes y año, a través de la Dirección Regional Quinta de Loja de la Procuraduría General del Estado, mediante el cual formula las siguientes consultas:

1.- La Junta Parroquial de Cangonamá puede comprarle directamente el terreno a su propietario para la construcción de una obra pública, o cual es el procedimiento a seguir.

2.- Puede la Junta Parroquial de Cangonamá, previa a la adquisición del bien, declararlo de utilidad pública o de interés social siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 36 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento o debería solicitar esta declaratoria al Municipio de Paltas y consignar el dinero a ese ente seccional para el pago del justo precio por el bien afectado, a su propietario.

3.- El avalúo del bien a expropiarse debe hacerlo la DINAC, o la Jefatura de Avalúos y Catastros de la Municipalidad de Paltas.

Al respecto, manifiesto:

### **ANÁLISIS JURÍDICO**

El Art. 119 de la Constitución Política de la República, consagra el principio fundamental del derecho público de que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos pueden ejercer únicamente las atribuciones que la Constitución y la ley expresamente le confiere.

El Art. 36 de la Ley de Contratación Pública, prescribe que cuando la más alta autoridad del respectivo organismo o entidad del sector público haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble procederá a la declaratoria de utilidad pública de acuerdo con la ley, estableciéndose su procedimiento en concordancia con la Sección Primera del Capítulo IV del Reglamento de aplicación; y, al tenor de lo dispuesto en el Art. 783 del Código de Procedimiento Civil, la declaratoria de utilidad pública para fines de expropiación, Sector Público, **de acuerdo a las funciones que les son propias** (El resaltado es mio).

En la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, artículos 4 y 5, se detallan con claridad las atribuciones y competencias de las Juntas Parroquiales, entre las cuales no consta facultad alguna para adquirir bienes inmuebles, ni la potestad para declarar de utilidad pública bienes de particulares. Tales atribuciones son propias del Concejo Municipal según lo establecido en el artículo 63 ordinales 11 y 12, de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el municipio es la sociedad política autónoma subordinada al orden jurídico constitucional del Estado, cuya finalidad es el bien común local; y dentro de éste, atender las necesidades de la ciudad, del área metropolitana y *“de las parroquias rurales de la respectiva jurisdicción”*.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 63 números 11 y 12; y, 147 letra d) de la misma Ley, es atribución del concejo, declarar de utilidad pública o de interés social, los bienes materia de expropiación.

Con fundamento en el análisis que antecede, considero que al carecer las juntas parroquiales de la facultad para adquirir bienes inmuebles, es de competencia de los gobiernos municipales hacerlo a favor de las juntas parroquiales, mediante la declaratoria de utilidad pública o de interés social por parte del concejo municipal, siguiendo el procedimiento contemplado en el Capítulo IV, del Título IV de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Atentamente,

**5.- Oficio No. 001393, de 3 de mayo de 2007**

Señor Doctor  
Carlos Polit  
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO  
Ciudad

Me refiero al oficio No. 55714 DAE de 14 de diciembre de 2005, por el cual el señor Contralor General del Estado, en ese entonces, solicitó ampliación de las consultas absueltas por esta Procuraduría en oficio No. 20825 de 18 de noviembre de 2005, relacionadas con el pago de dietas a quienes laboran en las empresas de derecho privado sujetas al control de ese Organismo.

Al respecto debo indicarle que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado no contempla entre sus disposiciones la ampliación de los pronunciamientos que emita el Procurador General del Estado.

No obstante lo indicado, considerando que en el oficio de la referencia se formula dos nuevas consultas relativas al pago de dietas, absuelvo las mismas en el orden en que han sido planteadas:

“1.- Los particulares que no perciben ingresos del Estado, ni de las empresas en las que integran los directorios, tendrían o no derecho a percibir dietas. De contestar en forma afirmativa, precisará las normas legales que deben observar dichas empresas para el pago”.

De acuerdo con el artículo 101 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, las disposiciones del Libro II de esta Ley, son de aplicación obligatoria, entre otras, «a las entidades de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación esté integrado en el cincuenta por ciento o más por instituciones del Estado o recursos públicos “.

En conformidad con el artículo 110 de la mencionada Ley, los administradores de las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos y de las sociedades constituidas al amparo de otras leyes o de la Ley de Compañías, previo a la suscripción y revisión de contratos individuales y colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito «u otra

modalidad en que se determinen pagos, que impliquen egresos económicos, deberán sujetarse a las regulaciones que para tales fines establezca la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público”. Agrega la disposición que los miembros de directorios, administradores y quienes ejerzan la representación en estas entidades, empresas o sociedades “tendrán la calidad de mandatarios y no les vinculará relación de dependencia laboral con las mismas».

Por su parte, el artículo 131 de la misma Ley, dispone que “los funcionarios o empleados de las entidades y organismos previstos en el Art. 101 de esta Ley, o aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público».

No obstante que el artículo 131 en mención, tal como se indicó en el pronunciamiento contenido en oficio No. 20825 de 18 de noviembre de 2005, no rige expresamente para los miembros de los directorios, administradores y quienes ejercen la representación legal en las empresas o sociedades de derecho privado sujetas al control de la Contraloría General del Estado, se debe tener presente que, al disponer los artículos 101 y 110 de la LOSCCA la aplicación de sus normas en las entidades de derecho privado con capital integrado en el cincuenta por ciento o más por recursos públicos, y que sus administradores, previo a la suscripción de contratos y otra modalidad en que se determinen pagos que implique egresos económicos, deben sujetarse a las regulaciones que establezca la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, resulta procedente concluir que el pago de dietas a los particulares que no perciben ingresos del Estado ni en los directorios que integren en las empresas privadas con capital estatal, estará sujeto a las regulaciones que expidan las entidades públicas accionistas de dichas empresas, teniendo en cuenta para el efecto, las regulaciones que emita la SENRES para el pago de dietas en el sector público, toda vez que los miembros que integran los directorios, los administradores y quienes ejercen la representación en esas empresas con patrimonio estatal, son únicamente administradores de los recursos públicos representados en el capital de esas empresas.

“2.-Los consejeros provinciales que perciben dietas en los organismos seccionales y que además integran los directorios de empresas de derecho privado que manejan recursos públicos, tienen o no derecho a recibir dietas en estas empresas”.

La Ley de Régimen Provincial, no contempla entre sus disposiciones, la posibilidad de que los consejeros participen en los directorios de las empresas de derecho privado con capital estatal.

Por otra parte, el artículo 22 de la mencionada Ley, establece que es prohibido al Prefecto Provincial y a los consejeros: “b) Percibir, directa o indirectamente, cantidad alguna de los fondos de la corporación, en cualquier forma que sea, excepto en lo referente a viáticos y gastos de representación y de viaje, que señale el Consejo...».

Según el artículo 90 de la citada Ley Orgánica, son ingresos del Consejo Provincial, entre otros, «Las rentas provenientes de sus bienes propios».

Las acciones que los consejos provinciales mantienen en las diferentes empresas, constituyen activos que le generan rentas a la entidad; por tanto, el pago de dietas implicaría que el consejero reciba indirectamente fondos de la corporación.

Por lo expuesto, se concluye que los consejeros provinciales no pueden conformar directorios y consecuentemente percibir dietas de las empresas de derecho privado que manejen recursos públicos, toda vez que, como he manifestado anteriormente, no consta en la Ley Orgánica de Régimen Provincial, que los consejeros puedan integrar directorios de las referidas empresas.

Atentamente,

**6.- Oficio No. 01559, de 14 de mayo de 2007**

Señor  
Jaime Oswaldo Serrano  
ALCALDE DEL CANTÓN LA TRONCAL  
La Troncal

Señor Alcalde:

Me refiero a su oficio No, 2007-1 55-SGM-000240 de 28 de febrero de 2007, mediante el cual consulta a esta Procuraduría si el Concejo está o no facultado para autorizar al Alcalde y Procurador Síndico a firmar convenios de cooperación interinstitucional o si la suscripción la pueden realizar sin contar con la autorización del Concejo Cantonal.

Al respecto, manifiesto:

El artículo 119 inciso primero de la Constitución Política de la República dispone: “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común”.

Los artículos 230 y 234 de la Carta Política señalan que los deberes y atribuciones del concejo municipal y del alcalde constarán y estarán determinados en la Ley.

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prescribe que en forma complementaria y sólo en la medida que lo permitan sus recursos, el municipio podrá cooperar con otros niveles gubernativos en el desarrollo y mejoramiento de la cultura, la educación y la asistencia social.

Los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalan que el gobierno cantonal está a cargo del concejo, con facultades normativas cantonales, de planificación, consultivas y de fiscalización, mientras que el alcalde es el representante legal de la municipalidad y responsable de la administración municipal, junto con el procurador síndico, ejercen la representación judicial y extrajudicial de la entidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, le corresponde al concejo ejercer la facultad legislativa cantonal, determinar las políticas a seguirse y fijar las metas de la municipalidad.

El mismo artículo en sus ordinales 2°, 9°, 10° y 39° concede atribuciones al concejo para conocer los planes, programas y proyectos de desarrollo cantonal presentados por el alcalde, debiendo aprobarlos o reformarlos; decidir respecto a las obras públicas que deben realizarse por gestión municipal, bien sea directamente o por contrato o concesión y cuáles por gestión privada; decidir el sistema mediante el cual deben ejecutarse los planes de urbanismo y obras públicas; y, sobre la asociación con otros municipios o con entidades públicas.

El artículo 64 numeral 1 del mismo cuerpo legal, prohíbe al Concejo delegar las funciones privativas que le asignan la Constitución y la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Entre las atribuciones y deberes del Alcalde, consta el cumplir y hacer cumplir la Constitución y leyes de la República, las ordenanzas, reglamentos, acuerdos y resoluciones del Concejo; ejercer, junto con el procurador síndico municipal, la representación judicial y extrajudicial de la municipalidad; intervenir en el trámite de los actos municipales cuya resolución corresponda al concejo; coordinar la acción municipal con otras entidades públicas y privadas; y suscribir los contratos y documentos que obliguen a la municipalidad.

Como se podrá apreciar, la ley establece expresamente los deberes y atribuciones tanto del alcalde como del concejo. El Alcalde, ejerce la facultad ejecutiva, es el que dirige la administración y la gestión municipal y el Concejo es el que determina las políticas y fija las metas que debe seguir la municipalidad.

De la base legal citada se concluye que es facultad privativa del concejo la aprobación de planes, programas y proyectos de desarrollo cantonal, la construcción de obras públicas y la asociación con otras municipalidades o entidades del sector público, para la ejecución de obras o la prestación de servicio.

En el caso planteado en su consulta, la cooperación municipal está dirigida a la atención de asuntos de carácter administrativo, como son: nombramiento de personal, pago de honorarios, dotación de combustible, etc., actividades que son de exclusiva competencia del Alcalde como responsable de la administración municipal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26; y, 69 ordinales 22° y 24° de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que establecen, entre sus atribuciones: ordenar, en forma privativa, egresos por conceptos de viáticos y honorarios y administrar el sistema de personal que adopte el concejo.

Por tanto, para la suscripción de los convenios a los que se refiere en su oficio, el Alcalde no requiere de la autorización del Concejo, siempre y cuando dichos convenios de cooperación no estén relacionados con la asociación de otros municipios o con entidades públicas para la ejecución de obras o prestación de servicios.

Atentamente,

## **7.- Oficio No. 001731, de 22 de mayo de 2007**

Señor Cml. de EMC

José A. Espinoza V.

**DIRECTOR DE MOVILIZACIÓN DEL C.C. DE LAS FF.AA.**

Ciudad

Señor Director:

Me refiero a su oficio No. 2007-193-G-11-1-a de 2 de mayo de 2007, ingresado a este Organismo de Control con el No. 01292, por medio del cual consulta:

Si las instituciones públicas tienen la posibilidad de realizar una renovación directa para poder continuar con la cobertura de la Póliza de Fidelidad por un nuevo período anual.

Al respecto, manifiesto:

### **MARCO LEGAL Y ANÁLISIS**

El artículo 74 de la Ley General de Seguros expresa: “Para la contratación de seguros, todas las instituciones y entidades del sector público se sujetarán a concurso de ofertas entre empresas de seguros constituidas y establecidas legalmente en el país”.

La renovación de las pólizas, se encuentra prevista en los artículos 6 y 7 inciso final del Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, que reforma el Título XVII del Libro Segundo del Código de Comercio, los que disponen que la renovación del contrato o póliza debe ser suscrita por los contratantes; que los anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual corresponden; y las renovaciones, además, el período de ampliación de la vigencia del contrato original.

El artículo 75 de la Ley General de Seguros, establece: «Las condiciones de las pólizas y las tarifas serán el resultado del régimen de libre competencia del mercado de seguros”.

La renovación es aceptada por la doctrina como una alternativa orientada a extender la vigencia del contrato original. El tratadista Efrén Ossa, en su libro Teoría General del Seguro señala: “la renovación es un acuerdo de las partes que tiene como único objeto ampliar la vigencia del contrato, (...) por lo tanto el contrato es el mismo ampliado en su vigencia”.

### **PRONUNCIAMIENTO**

Por lo expuesto, considero procedente la renovación de los contratos de seguros que fueron adjudicados mediante concurso de ofertas, siempre que la renovación se realice en iguales términos y condiciones que las pólizas originales, variando únicamente su vigencia.

Siendo la Dirección de Movilización del Comando Conjunto de las FF.AA. una Institución del Estado prevista en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, previo a la suscripción del contrato que contenga la renovación de la póliza, deberá contarse con el informe de la Procuraduría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 3, letra 1) de su Ley Orgánica y preverse el pago de la contribución determinada en el artículo 14, letra b) de dicha Ley, si la cuantía excede el monto del concurso público de ofertas.

Además, se considera que la renovación no debe implicar violación del régimen de libre competencia del mercado de seguros, establecido en el citado artículo 75 de la Ley General de Seguros, puesto que, si se permitiere que una sola contratista de seguros sea la que suscriba las renovaciones por largos e inadecuados plazos, se atentaría contra los principios de derecho público arriba mencionados y que son de la esencia misma del concurso de ofertas; y, lo que es más, se violentaría el artículo 119 de la Constitución Política de la República que dispone que los entes públicos y sus servidores sólo pueden hacer aquello que está previsto en la ley.

No obstante lo indicado, tengo a bien formular las siguientes sugerencias:

1. Que la Dirección de Movilización del Comando Conjunto de las FF.AA. debe limitar, tanto la vigencia del contrato original de seguros como de sus renovaciones, al tiempo estrictamente conveniente para los intereses públicos.
2. Que debe evitarse el monopolio o cualquier otra figura que limite el libre acceso de otras empresas a los contratos de seguros, enervando el derecho a la libre competencia establecido en la ley.
3. Que la renovación del contrato de seguros se realice por una sola vez y hasta por un plazo máximo igual al del contrato original, a fin de no contravenir el espíritu del artículo 75 de la Ley General de Seguros.

Atentamente,

#### **8.- Oficio No. 02105, de 14 de junio de 2007**

Señor  
Rafael Ruiz Rodríguez  
**ALCALDE DEL CANTON SANTIAGO**  
Méndez (Morona Santiago)

Señor Alcalde:

Me refiero a su oficio No. 0295-MS-2007 de 20 de marzo del 2007, remitido a este Despacho por el señor Director Regional (E) de la Procuraduría General del Estado en Cuenca con oficio No. 04-0012 PGE-DRC de 10 de abril del 2007, mediante el cual consulta si existiría objeto ilícito en que la Municipalidad de Santiago, a través de convenios celebrados con la Empresa Eléctrica Regional Sur C. A., aporte recursos de su presupuesto para cofinanciar obras de distribución eléctrica y de alumbrado público, dentro del área de su jurisdicción cantonal.

Conforme se desprende de la comunicación enviada por la Dirección Regional 2 de la Contraloría General del Estado, con sede en Cuenca, que se adjunta al oficio que contesto, existiría objeto ilícito en la celebración de dichos convenios con la empresa de distribución eléctrica de la provincia de Morona Santiago, al contravenir la Ley Orgánica de Régimen Municipal, normativa de Derecho Público que no le faculta a la municipalidad utilizar recursos municipales para tales fines.

Analizadas las disposiciones constitucionales y legales aplicables al tema objeto de la consulta, se la absuelve bajo el siguiente análisis jurídico:

El Art. 228 de la Constitución Política de la República, en su inciso primero, establece que los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas. El Art. 234, inciso final, de la Carta Política del Estado dispone que el concejo municipal, además de las competencias que le asigne la ley, podrá planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en las formas determinadas en esta previsión constitucional.

Bajo dicho marco fundamental, el Art. 14 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal determina las funciones primordiales de los municipios, que resumen las competencias municipales dentro de su respectiva jurisdicción cantonal. Entre dichas competencias, no se encuentra ninguna disposición expresa que faculte a las municipalidades para realizar inversiones de recursos municipales a fin de ejecutar obras de electrificación, sea urbana o rural, dentro de su jurisdicción.

El Art. 249 de la Constitución Política, por su parte, atribuye al Estado, entre otras responsabilidades, la provisión del servicio de fuerza eléctrica, en forma directa o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley.

A fin de regular el principio constitucional contenido en la última disposición citada, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, en su Art. 1 reitera el deber del Estado de suministrar energía eléctrica como un servicio de utilidad pública de interés nacional; y, el Art. 4 de la misma Ley, precisa el ámbito de aplicación de este cuerpo legal, al establecer que regula las actividades de generación, y los servicios públicos de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como también su importación y distribución, actividades y servicios que podrán ser delegados al sector privado de conformidad con lo previsto en la ley. Y, para reiterar que la distribución es un negocio que se ejecuta bajo condiciones contractuales de concesión, agrega que el Estado en ningún caso garantizará la rentabilidad del negocio, ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato.

El Art. 34, inciso primero, de la Ley *Ibidem* entrega el servicio de distribución eléctrica a empresas conformadas como sociedades anónimas para satisfacer, en los términos de su contrato de concesión, la demanda de los servicios de electricidad que les sea requerida. El inciso segundo de esta previsión legal establece que en el contrato de concesión se establecerán los mecanismos de control de los niveles de calidad del

servicio, tanto en lo técnico como en lo comercial, y de identificación de las mejoras de cobertura.

Finalmente, el Art. 62 de la misma Ley, obliga al Estado a promover los proyectos de desarrollo de electrificación rural y urbano-marginal, que se financian con el Fondo de Electrificación Rural y Urbano-Marginal, FERUM, que se alimenta de los recursos señalados en el inciso segundo de esta disposición legal. El inciso tercero encarga a las empresas de distribución eléctrica de la circunscripción territorial donde se vayan a ejecutar, la identificación y planificación de proyectos de electrificación rurales y urbano marginales, en coordinación con los consejos provinciales y las correspondientes municipalidades, proyectos que deben ser sometidos a aprobación del Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC.

El FERUM, según el cuarto inciso de la previsión legal arriba mencionada, proveerá los recursos necesarios para la construcción de las obras requeridas para la ejecución de los proyectos de electrificación, fondos que formarán parte del patrimonio del Estado, a través del Fondo de Solidaridad, y aclara que, en todo caso, la operación y mantenimiento de tales proyectos estará a cargo de las empresas de distribución existentes. El inciso final de este artículo confiere al Presidente de la República la facultad de reglamentar la forma en que se administrará el FERUM, así como los sistemas de facturación y recaudación y demás aspectos necesarios para el eficaz cumplimiento de los objetivos de este Fondo.

Del análisis constitucional y legal que antecede, y atento el principio de legalidad consagrado por el Art. 119 de la Constitución Política del Estado, **se desprende que las municipalidades no tienen competencia sobre el servicio de electrificación, y por tanto no pueden con sus recursos hacer inversiones en proyectos eléctricos.** La distribución de energía eléctrica y la inversión en este tipo de proyectos corresponde a las sociedades anónimas a cargo de esta actividad, como es la Empresa Eléctrica Regional Sur C. A., con recursos propios de la actividad a su cargo y con los fondos del FERUM para el caso de electrificación rural y urbano-marginal, con sujeción a los contratos de concesión celebrados para el efecto.

Atentamente,