

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

Alcances y límites de la delegación de funciones y su régimen de responsabilidades en la Contraloría General del Estado

Nataly Stefanía Salgado Jaramillo

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Nataly Stefanía Salgado Jaramillo, autora de la tesis “Alcances y límites de la delegación de funciones y su régimen de responsabilidades en la Contraloría General del Estado”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

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

Quito, 27 de noviembre de 2018

Nataly Stefanía Salgado Jaramillo
1105033276

Resumen

El presente trabajo de investigación realiza un estudio de los alcances y límites de la delegación de funciones en la Contraloría General del Estado. El mismo inicia con un acercamiento doctrinario al concepto, características y formas de delegación, para luego profundizar en las diferencias que se pueden encontrar en la descentralización.

Asimismo, se aborda la delegación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como preámbulo a un estudio referente a la creación de la Contraloría de la República de Chile, sus competencias, funciones, estructura orgánica y régimen de delegación. Dicho estudio, posteriormente, será objeto de un análisis comparativo con la normativa ecuatoriana.

Por otra parte, también se analizan las competencias constitucionales de la Contraloría General del Estado, su estructura orgánico funcional y la normativa jurídica que permite al Contralor General del Estado tener un régimen de delegación interna. Esto nos conducirá al estudio del Reglamento de Competencias para la suscripción de documentos oficiales, expedido por el ex Contralor General del Estado, Dr. Carlos Pólit Faggioni. En su Reglamento, Pólit delega la suscripción de los documentos más importantes (predeterminación de responsabilidades, determinación de responsabilidades administrativas y civiles, recursos de revisión, así como la tramitación de indicios de responsabilidad penal).

En consecuencia, el presente trabajo académico se enfoca en la necesidad de conocer si es correcto o no la forma en la que se realizaba dicha delegación en la Contraloría General del Estado. Para ello, se toma en cuenta no solamente lo delicado del trabajo que dicha institución realiza, sino también el grado de responsabilidad que tenía el Contralor General del Estado al delegar todas sus atribuciones a funcionarios subalternos y asumir solamente unas pocas.

Por tanto, resulta interesante conocer cuál es el alcance y límite que debe darse a la delegación de funciones, tomando en cuenta que tanto la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 36 y el Estatuto Organizacional por procesos de la Contraloría General del Estado en su artículo 8 letra h) dejan la posibilidad de delegar todas sus funciones y atribuciones.

Palabras clave: delegación, Contraloría General, responsabilidad del funcionario.

Dedicatoria

A Dios, eterno creador, por jamás soltar mi mano y caminar conmigo en todo momento.

A mis padres, Rocío y Marco por ser mi guía y ejemplo de vida.

A Felipe, Diego, Laurita y Mariana, por alentarme a seguir adelante.

A esos ángeles que cuidan mis pasos y no me desamparan.

Agradecimiento

A la Doctora María del Carmen Jácome, tutora del presente trabajo; y, los Doctores Juan Francisco Díaz y Francisco Iturralde, por compartir conmigo sus vastos conocimientos, su guía y amistad.

Docentes y personal administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, en especial al programa de Derecho de esta prestigiosa Universidad, por la excelencia y calidad académica de la que he nutrido mis conocimientos.

A todos aquellos que de una u otra forma han hecho posible la realización del mismo.

Tabla de Contenido

Introducción	13
Capítulo primero.....	15
La figura de la delegación de funciones en el derecho administrativo y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	15
1.1 Definición y contextualización de la delegación de funciones	15
1.1.1 Desconcentración, descentralización y sus similitudes y diferencias con la delegación	19
1.2 Naturaleza jurídica de la delegación	25
1.3 Características esenciales de la delegación	30
1.4 Clasificación de la delegación.....	31
1.5 Marco constitucional y legal aplicable	35
1.5.5 Otras normas	38
Capítulo segundo.....	41
Delegación de funciones dentro de la Contraloría General del Estado.....	41
2.1 Competencias de la Contraloría General del Estado.....	42
2.1.1 Las competencias constitucionales de la Contraloría.....	52
2.1.2 Las competencias de su ley orgánica	53
2.2 Análisis de las funciones de la Contraloría del General del Estado	54
2.3 Estructura orgánica de la Contraloría General del Estado: descentralización funcional.....	56
2.4 Estudio del régimen de delegación interna de la Contraloría General del Estado ..	59
2.5 Análisis comparado del régimen de delegación de funciones Contraloría General de la República de Chile.	61
2.5.1 Breve reseña de la Contraloría General de la República de Chile	62
2.5.2 Régimen de delegación de funciones de la Contraloría General de la República de Chile	64
2.5.3 Comparación de la delegación chilena con la ecuatoriana.....	66
2.5.4 La delegación de firma en ambas naciones	69
Conclusiones	79
Recomendaciones	81
Bibliografía	83

Introducción

La Contraloría General del Estado tiene competencias que se encuentran establecidas y delimitadas en la Constitución de la República, realizando control de los recursos públicos y determinación de responsabilidades, por lo cual dicha institución cobra una importancia relevante dentro de la administración pública, dada la naturaleza jurídica del control gubernamental, como resultado de sus resoluciones de responsabilidades administrativas y civiles se producen efectos jurídicos sobre los administrados.

Las funciones del Contralor General como máxima autoridad de esta institución son variadas e importantes, no solo como el llamado a ser su representante legal y director para el cumplimiento de la misión y visión institucional, sino también como máxima autoridad de control gubernamental. En tal razón y por la naturaleza de las funciones, así como la estructura orgánica de la institución, se hace necesario realizar delegación de algunas de sus competencias para agilizar procesos internos, de conformidad con artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Para cuyo efecto en 2012 y posteriormente en 2016 con similar contenido se expide por parte del señor Contralor General del Estado de ese entonces, Dr. Carlos Pólit un Reglamento para la Suscripción de documentos en el ámbito de control, mediante el cual se delegan un sinnúmero de competencias de importancia al señor Subcontralor General, Director de Responsabilidades y Director de Recursos de Revisión, el presente trabajo de investigación tiene la finalidad de determinar si es procedente o no que el Contralor General del Estado, delegue sus competencias privativas a sus subordinados, para lo cual iniciaremos con un estudio sobre la delegación, características, régimen jurídico, para abordar el estudio sobre la Contraloría General del Estado, como institución, su estructura orgánica, competencias y realizar un análisis comparativo con la Contraloría de Chile y determinar que competencias por la naturaleza jurídica del control gubernamental así como de los efectos jurídicos hacia los administrados, no deben ser delegadas.

El capítulo uno hace una amplia revisión bibliográfica de la delegación de funciones desde la doctrina, es decir, cita a autores especialistas en el tema, quienes coinciden en la afirmación de que la delegación consiste en la comisión o el encargo

por parte de un funcionario que posee las competencias a otro que si bien no las tiene puede ejercerlas por ser también funcionario.

También en el mismo se hace un análisis de las similitudes y diferencias de otras dos figuras importantes de la administración pública como son la desconcentración y la descentralización con la delegación. Importante es resaltar que las tres constituyen métodos de gestión con los que un gobierno pretende hacer más eficiente su labor. Igualmente se indaga sobre la naturaleza jurídica, sus características y clasificación.

En la segunda parte del capítulo uno se estudia el marco constitucional y legal en el que se desenvuelve este instituto. Se analiza la norma suprema, la Ley de Modernización del Estado, El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Entre las normas secundarias que tratan el tema de la delegación de funciones se encuentran el *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones* y la *Ley de Minería*.

El capítulo dos, que trata de la delegación de funciones en la Contraloría General del Estado, se ocupa en un primer tiempo de analizar cuáles son las competencias que la Constitución e otorga a esta institución; en el siguiente numeral trata de las que constan en su ley orgánica. La implementación de esta figura se estudia considerando el alto nivel de responsabilidad del empleado público que se ocupa del control de las actividades gubernamentales y de indagar sobre los destinos del dinero del erario, todo ello sin vulnerar los derechos de los administrados.

Asimismo, se hace en este capítulo un análisis de las funciones que desempeña la Contraloría General del Estado, su estructura orgánica y descentralización funcional de la misma, todo con el objetivo de estudiar el régimen de delegación interna de la Contraloría General ecuatoriana y compararlo con el régimen de delegación chileno.

Capítulo primero

La figura de la delegación de funciones en el derecho administrativo y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1.1 Definición y contextualización de la delegación de funciones

El verbo delegar alude a dejar el superior jerárquico en manos de otro u otros las propias obligaciones que por ley le corresponden, por exceso de carga laboral, desconocimiento de la tarea específica o necesidad de agilizar procesos internos, etc. En el área pública, en Derecho Administrativo, según Dromi “regula un sector de la actividad estatal y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa, por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del derecho público que proyecta en el plano existencial los principios axiológicos del derecho político y los principios normativos primarios del derecho constitucional”.¹

Lo que describe Dromi es la delegación de funciones que hace la Administración pública con el objetivo de gobernar para toda la población, cuya puesta en práctica precisa de la concurrencia de determinadas circunstancias y está normada por la ley. La norma suprema del Ecuador, la Constitución vigente, determina qué funciones y servicios pueden ser delegados, no todos los sectores y servicios son susceptibles de delegarse.

Pero antes de entrar en el marco normativo, las clasificaciones y las características, es menester hacer definiciones desde los autores que han estudiado el origen, la acción y las implicaciones de esta figura. Uno de ellos es Gordillo, quien sostiene que: “La delegación de funciones nace de la necesidad de encargar la toma de decisiones o la realización de tareas específicas de un funcionario a otro entregándole la autoridad y responsabilidad en el ejercicio de las mismas, con la finalidad de dar agilidad y eficacia a las actividades que realiza la Administración pública”.²

Entonces, la necesidad de delegar que tiene la Administración pública, se interpreta como una circunstancia excepcional en la que se hace imperativo encargar

¹ Roberto Dromi, *Tratado de Derecho administrativo*. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998), 72.

² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, t. 1 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), 290.

a otra persona o entidad determinadas tareas o atribuciones; es decir, que se transfiere la competencia o las tareas.

Continuando con la definición, Serra Rojas manifiesta que: “La teoría de la delegación se funda en la necesidad que tienen los poderes superiores de depositar en otros órganos facultades que no pueden realizar directamente”.³ Las razones por las que no pueden realizarlas directamente son varias, y pueden ir desde no contar ni con los conocimientos ni con la infraestructura, hasta no tener tiempo para hacerlas, aunque conservando potestad para delegar, por lo que, y siguiendo al mismo autor:

La comisión o encargo que un funcionario transmite a otro con la capacidad de ejercitar determinadas facultades que le corresponden por razón de su competencia. El titular aparece como delegante y el subalterno como delegado. La delegación *ad hominis* es transmitida por un titular de la competencia como acto propio, específico. La delegación no puede exceder a las facultades de quien delega.⁴

Es lógico suponer que la delegación no debe sobrepasar las facultades de quien delega, puesto que nadie puede encargar facultades que no le corresponden, o ejercer competencias mayores a las que tiene.

Por su parte, Gordillo considera que: “La delegación es una decisión del órgano administrativo competente, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de su competencia a un órgano jerárquicamente inferior, o sometido a tutela administrativa”.⁵ El autor se refiere a la delegación que puede hacer un superior sobre un subordinado, porque cuando sostiene que la delegación la hace el órgano administrativo competente, lo que quiere expresar es que delega quien tiene el poder y las competencias para hacerlo. En cambio, Gabino Fraga señala que la competencia es: “uno de los elementos integrantes del acto administrativo”.⁶ Es decir, es parte de lo que el derecho público admite.

Por otro lado, el estudioso peruano Guzmán Napurí conceptúa la delegación como: “el mecanismo de transferencia de competencia por excelencia, mediante el cual un órgano u organismo administrativo determinado traslada parte de su competencia a otro ente u órgano de naturaleza pública”.⁷ De esta cita se puede resaltar que esta delegación es la que se da en el área pública, es decir, entre los

³ Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 8.ª ed. (México, D.F.: Porrúa, 1977), 355.

⁴ *Ibíd.*, 490.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 40.ª ed. (México, D.F.: Porrúa, 2000), 123.

⁷ Christian Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública y del procedimiento administrativo* (Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011), 222.

estamentos administrativos del Estado, donde un superior jerárquico decide delegar una parte o la totalidad de tales funciones a otro funcionario u órgano de inferior rango, sobre el que tenga tutela administrativa, esto es, sobre el que puede ejercer algún tipo de control.

Al respecto, el jurista boliviano Martínez Bravo mantiene que la delegación: “consiste en la transferencia de facultades, por parte del órgano superior al órgano inferior, que pertenecen a la competencia del primero. Se trata de una técnica transitoria de distribución de atribuciones (...), ella requiere el dictado de una norma que la autorice”.⁸ Como puede colegirse de la definición que hace el autor sobre la figura en mención en la legislación boliviana del artículo 7 de la Ley 2341, no difiere de lo que plantean los otros dos autores citados. Por tanto, se puede definir a la delegación como la transferencia de tareas, que son de su competencia, que hace un superior jerárquico a uno subalterno, siempre dentro del ámbito público, entre empresas o estamentos de Administración pública y es, además, de origen transitorio.

Al efecto, Gordillo agrega una reflexión a la definición hecha en párrafos anteriores cuando manifiesta que:

La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia. La delegación no puede implicar renunciar definitivamente a la competencia; tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que ella se ejerce. La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido y no lo modifica en modo alguno estructuralmente: Es solo en la dinámica de la actuación administrativa que produce sus efectos.⁹

Cabe aclarar que Cuando Gordillo dice órgano se refiere también al funcionario jerárquico que está al frente de ese órgano, puesto que para que el órgano funcione debe tener un representante. Y cuando dice desgravarse del peso, significa que un órgano se deshace, por lo menos temporalmente, de una tarea que le resulta pesada de llevar a cabo y, en algunos casos, imposible de realizar.

Por su parte, Cabanellas, en su *Diccionario jurídico usual*, conceptúa la delegación como: “Acción o efecto de delegar. Acto de dar jurisdicción. Otorgamiento de representación. Concesión de mandato. Cesión de atribuciones.

⁸ Juan Alberto Martínez Bravo, *Derecho administrativo boliviano* (Santa Cruz de la Sierra: EL PAÍS, 2010), 82.

⁹ Gordillo, *Tratado de Derecho administrativo*, 291.

Designación de sustituto. Cargo y oficina de un delegado. Conjunto de delegados. Representación de un núcleo social”.¹⁰

Es importante, antes de cerrar este numeral, consignar lo que dice Ossorio, anterior a Cabanellas, quien hace sobre delegación una definición ciertamente más completa:

El vocablo, de amplio repertorio jurídico, se sintetiza así, en sus principales acepciones, por Cabanellas y Alcalá-Zamora: Acto de dar jurisdicción. | Otorgamiento de representación (v.). | Concesión de mandato (v.). | Cesión (v.) de atribuciones. | Designación de sustituto. | Cargo y oficina de un delegado. | Conjunto de delegados. | Representación de un núcleo social. | En lo procesal, facultad que un juez o tribunal concede a una persona para que, en su nombre, conozca de un escrito o intervenga en un trámite. | En Derecho Civil, forma de novación (v.) de las obligaciones.¹¹

Como puede concluirse, el concepto de delegación es el mismo en todos los autores citados, incluidos Cabanellas y Ossorio.

Por otro lado, dentro del tema de la delegación se considera la delegación de firma, que el jurista español Sarmiento García entiende como uno de los “asuntos que influyen notablemente en la tramitación de las actuaciones administrativas”.¹² En efecto, es corriente que la falta de tiempo del funcionario de rango superior, aunque no puede descartarse la indolencia, sea responsable de que los documentos se queden en el despacho. A menudo, dichos documentos pueden permanecer por espacios de tiempo extendidos, con la consecuencia lógica de la tardanza indebida en las acciones que corresponde emprender, por lo cual Sarmiento García considera que:

Una solución práctica puede estar en la denominada ‘delegación de firma’, instituto que a veces ha sido regulado normativamente, en tanto que en otras latitudes se aplica en la práctica; y si bien tiene alguna similitud con la delegación administrativa “stricto sensu”, no se confunde con ella. En efecto, en la delegación de firma -a diferencia de la de competencia- no se produce ninguna alteración de la titularidad de la competencia ni de su ejercicio, sino que ella afecta únicamente a la forma de exteriorizar la manifestación de la voluntad del órgano que tiene atribuida la competencia, y que en virtud de la delegación de firma, encomienda dicha exteriorización a un órgano inferior.¹³

¹⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario jurídico elemental*, (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 93.

¹¹ Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Buenos Aires: Heliasta, 1974), 117.

¹² Jorge H. Sarmiento García, “La delegación de firma”, *La Revista del Foro*, 2012, http://www.forodecuyo.com/index.php?option=com_content&task=view&id=33202

¹³ *Ibíd.*

Entonces, no se debe confundir la delegación a secas con la delegación de firma, pues la segunda solo se refiere a una autorización para firmar determinados documentos en nombre del superior jerárquico, no obstante, no es el funcionario delegado para la firma quien toma la decisión, esta sigue estando en el superior jerárquico, en este caso, en el delegante de la acción.

1.1.1 Desconcentración, descentralización y sus similitudes y diferencias con la delegación

Respecto a la desconcentración en la administración del Estado, esta es una fórmula jurídico administrativa mediante la cual una administración de gobierno centralizada presta servicios o desarrolla acciones en las distintas zonas del territorio nacional, especialmente en aquellas alejadas del centro del poder. El estudioso peruano Mario Alva manifiesta que con la implementación de la desconcentración, la Administración persigue dos objetivos:

Por una parte, permite acercar la prestación de servicios en el lugar o domicilio del usuario, con economía para este y, a la vez, pretende descongestionar al poder de tipo central. De este modo, los órganos desconcentrados forman parte de la centralización administrativa cuyas atribuciones o competencia la ejercen en forma regional o local, fuera del centro geográfico en que tiene su sede el poder central.¹⁴

La desconcentración, así, se torna en una herramienta de uso del Estado central para cumplir su deber administrativo con los ciudadanos que habitan en la periferia del país. Del Giorgio Solfa en cambio la contextualiza y define en los siguientes términos:

Tiene lugar cuando la ley confiere en forma regular y permanente atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización de una entidad pública. El órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y patrimonio propio y esta jerárquicamente subordinado a las autoridades superiores del organismo; como por ejemplo los entes que cumplen con la función administrativa de la policía. En la desconcentración se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal (Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios de Estado, procurador del Tesoro de la Nación, direcciones generales o nacionales).¹⁵

¹⁴ Mario Alva, "La Desconcentración y la descentralización: ¿Cómo se aplican dichos criterios en la creación de los SAT al interior de las municipalidades?", *Gestión Pública*, n.º 9 (2008): 19.

¹⁵ Federico del Giorgio Solfa, "Centralización, descentralización, desconcentración y delegación", 11 de marzo de 2011, párr. 4, https://www.researchgate.net/publication/262180911_Centralizacion_Descentralizacion_Desconcentracion_y_Delegacion.

Por tanto, la desconcentración implica solo un cambio dentro de la institución, lo que significa que puede haber un traslado geográfico, pero estas competencias siguen teniendo la misma jefatura, que se localiza en la sede central del poder administrativo.

Sobre la desconcentración, Gordillo explica que ocurre cuando “se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal”.¹⁶ Por lo que puede verse, hace la misma definición que el autor citado inmediatamente arriba.

Es así como, aunque la descentralización y la desconcentración mantienen, en apariencia, alguna similitud con la delegación, no cumplen funciones parecidas. Por esto, es importante mencionar las diferencias entre estas, así como Serra Rojas señala: “Ha sido frecuente confundir la delegación con la desconcentración administrativa, ya que hay algunos rasgos coincidentes que las acercan, aunque su estructura y finalidades son diferentes. Incluso algunos autores definen a la desconcentración en función de la misma delegación”.¹⁷ Ello se debe probablemente a que, en ambos casos, un ente o funcionario de menor jerarquía le concede unas atribuciones que no le son propias para que las ejerza en su nombre.

La descentralización, por otro lado, es una acción que emprende el Estado por decisión de quien gobierna, misma que, según Jordi Borja, consiste en:

Un proceso de reorganización político-administrativo que modifica las estructuras territoriales, la distribución de competencias y recursos y los mecanismos de representación y participación. Este proceso debe abordarse como un todo y con una idea básica del modelo final al que se quiere llegar (atención: básica pero no rígida ni detallista). En cualquier caso, debe optarse por la simplicidad y la coherencia del sistema político administrativo que se construye.¹⁸

La decisión de descentralizar, entonces, corresponde al gobierno de turno y es de gran calado, pues modifica las estructuras y las competencias; por lo que, y siguiendo en esto la definición que hace la propia Academia Española de la Lengua, la descentralización es un “Sistema político que propende a descentralizar”¹⁹, y como sistema político que es responde a unas concepciones ideológicas, descentraliza el

¹⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8 (Buenos Aires: FDA, 2013), 185.

¹⁷ Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 489.

¹⁸ Jordi Borja, *Estado, descentralización y democracia* (Bogotá: Foro Nacional por Colombia, 1989), 64.

¹⁹ Real Academia Española de la lengua, *Diccionario de la lengua*. Consultado el 4 de marzo. <http://www.rae.es/>.

gobierno que tiene una decisión política, basada en sus ideas sobre cómo debe ser el Estado.

Por consiguiente, descentralizar, en la Administración pública, significa dejar de tener un centro, que todas las decisiones ya no se tomen en la capital política, y debilitar la idea de un centro administrativo de poder público del que salen todas las acciones que afectan a todos los ciudadanos de la nación. Y, más allá de su uso por parte del sector público, la noción de descentralización también se aplica en el sector privado, que precisa de esta idea en su organización. Por otro lado, esta puede ser concebida como temporal o permanente, dependiendo del signo político de quien gobierne, ya que las competencias pueden recentralizarse.

Marienhoff afirma que en la descentralización “la actividad administrativa se lleva a cabo en forma ‘indirecta’, a través de órganos dotados de cierta competencia, ejercida, por lo general, dentro de un ámbito físico. Esa ‘competencia’ asignada al órgano en el régimen descentralizado, le otorga al mismo una cierta libertad de acción, que se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión”.²⁰ Es decir, se llevan a cabo unas acciones en el ámbito local que antes se realizaban en el nacional porque, históricamente, la descentralización se aplica sobre lo que estaba centralizado, conlleva deshacer una acción.

Mientras, Carrión la concibe como “un proceso tendiente a distribuir equilibrada y democráticamente la centralidad (es decir, el poder) al interior del Estado, con la finalidad de profundizar la democracia, potenciar el desarrollo y mejorar la calidad de vida de la población”.²¹ El hecho de que las decisiones sobre los asuntos cotidianos que les competen las puedan tomar ellos mismos, los gobiernos locales, sin intromisión de la Administración central, concede sin duda una cierta libertad de acción que podría interpretarse como ejercicio de democracia.

Por lo mencionado, para Gordillo: “Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y de la desconcentración: En estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano o ente inferior, mientras que en la

²⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970), 276.

²¹ Fernando Carrión, “Autonomía regional”, en Fernando Carrión M., (comp.) *La descentralización en el Ecuador: opciones comparadas* (Quito: FLACSO / SENPLADES / GTZ / COSUDE / PDDL / PRODESIMI, 2007), 374-5.

delegación la decisión parte del propio órgano que delega”.²² Esto implica que la delegación es una figura de menor trascendencia en la administración que los otros dos principios, al ser una decisión administrativa, no política, como lo son descentralizar y desconcentrar. Sobre esta temática, Serra Rojas sostiene que:

Al comparar la desconcentración y la delegación administrativa nos encontramos estas diferencias: en la desconcentración administrativa la competencia exclusiva aparece en forma limitada, en tanto que en la delegación, la competencia se asigna por el órgano superior al inferior, que realiza una competencia que no posee y que le es transmitida. Los actos en la delegación se atribuyen al superior, en tanto que en la desconcentración tienen la fuerza jurídica necesaria, incluso para poner fin a la vía administrativa. En la delegación la vía administrativa queda abierta por medio de los recursos administrativos, en la desconcentración estos recursos se reducen o se eliminan. Como la desconcentración administrativa es una forma que se viene ensayando, no debemos omitir que la delegación es un buen camino para llegar a la desconcentración. Se comienza por delegar funciones, con sus órganos correspondientes y más tarde se puede ensanchar el círculo de su actividad hasta dotarlos de facultades de decisión.²³

Como se puede apreciar en la anterior cita, Serra Rojas encuentra varias diferencias importantes, pues considera que la delegación es una vía para arribar al objetivo de la desconcentración.

Por su parte, Guzmán Napurí también se refiere a las diferencias que esta figura tiene con la descentralización y la desconcentración: “La delegación implica traslación del ejercicio de la competencia, reteniendo el delegante la titularidad de la misma; a diferencia de la descentralización, que implica la pérdida de la competencia de aquel ente respecto del cual se ha extraído dicha competencia, para ser atribuida de manera permanente al ente descentralizado”.²⁴ Entonces, la pérdida de la competencia en el caso de las otras dos figuras es igualmente definitiva, irreversible, lo cual no ocurre con la delegación.

El profesor Juan Carlos Cassagne en cambio plantea dos grandes diferencias entre estos tres institutos jurídicos de la organización administrativa:

Una primera distinción entre estas figuras se apoya en que la delegación constituye en lo esencial una técnica transitoria de transferencia de facultades de los órganos superiores hacia los inferiores. Ella hace, por lo tanto, a la dinámica de la organización y no implica la creación de un nuevo organismo.

En la descentralización y desconcentración, en cambio, la técnica de transferencia o asignación de nuevas competencias se opera en forma permanente, teniendo el respectivo acto que las dispone un carácter constitutivo, ya que produce el

²² *Ibíd.*, 290.

²³ *Ibíd.*, 490.

²⁴ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 222.

nacimiento de un ente (dotado de personalidad jurídica propia) o de un órgano (en la desconcentración) con facultades decisorias, que antes no existía.²⁵

Efectivamente, la transitoriedad es la característica principal de la delegación, al ser una técnica que se usa al presentar una situación que la hace necesaria; en cambio la descentralización y la desconcentración corresponden a la decisión política del gobierno de turno. De igual forma, es pertinente señalar que, aunque cada una de las tareas es importante para el funcionamiento fluido y eficiente de la cuestión pública, la delegación no reviste la magna importancia que las otras dos figuras, al ser los dos principios elementos decisorios de un cambio de fondo en el manejo de lo público, a tal punto, que precisan de la creación de infraestructura para el cumplimiento de sus labores. Sobre este tema, Dromi asegura que:

Las técnicas jurídicas de transferencia de competencias como modos delegativos del ejercicio del poder, no afectan la indivisibilidad y unidad del poder público. Las transferencias de competencias del Estado a entidades públicas estatales o no como procedimiento para la ejecución de "medios" en prosecución de "fines", y por cualquiera de sus formas (descentralización, desconcentración y delegación) no altera la unidad institucional del poder.²⁶

Interesante matización del jurista argentino: delegar, desconcentrar y descentralizar no significa renunciar al control en forma definitiva, ni tampoco dejar de ejercer el poder político y de mando inherente al gobierno, al gobernante. La descentralización y la desconcentración son figuras que más que delegar obliga a una acción de transferencia de las competencias, no las tareas, con la consecuente dotación de recursos y la creación de infraestructura a que la misma ley obliga.

Precisamente sobre esto apunta el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) en su artículo 105 cuando prescribe que “La descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados”.²⁷ En resumen, son tres elementos que marcan la descentralización: obligatoria, progresiva y definitiva, ninguno de las cuales está en la delegación.

²⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, t. 1 (Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1998), 255.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 105. En adelante COOTAD.

En cuanto a la desconcentración, que en la Administración pública es la repartición de funciones entre varios órganos que se encontraban concentrados en uno solo, el mismo COOTAD la considera como un mecanismo que se debe aplicar para facilitar la gestión en la descentralización que propone un gobierno dado: “La administración del gobierno autónomo descentralizado regional aplicará, conforme a su estatuto de autonomía, mecanismos de desconcentración que faciliten su gestión”.²⁸ Sobre la desconcentración, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) prescribe:

Art. 54.- DESCONCENTRACIÓN.- La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial.²⁹

Entonces, la desconcentración compartiría con la delegación en que se dirigen a órganos de jerarquía inferior dependientes de aquellos, pero con el contraste de que en el primer caso son definitivos y en el segundo temporales.

Retomando las diferencias entre estas tres figuras jurídicas, otra divergencia que halla Cassagne entre la delegación, la desconcentración y la descentralización es, precisamente, la reversibilidad de la primera:

Una vez producida la delegación, el delegante puede retomar la facultad de la que se ha desprendido temporalmente, mientras que en la desconcentración se genera una asignación de competencia propia en un órgano inferior, que excepcionalmente podrá corresponder al superior mediante el instituto de la avocación, la cual no procede en la descentralización.³⁰

Esta reversibilidad se refiere al tiempo pactado o cuando la autoridad superior lo considere pertinente, a diferencia de los otros dos principios, que se caracterizan por ser definitivos. Cabe retomar un aspecto que mencionaba Gordillo en párrafos anteriores, que el delegante mantiene siempre la responsabilidad, por lo que las labores de supervisión y control le son, además de necesarias, convenientes ante la posibilidad de incurrir en acciones punibles, las cuales pueden llegar a ser de ámbito penal, por tratarse de gestiones estatales.

Asimismo, la primera diferencia que Gordillo encuentra entre estas figuras se ubica en el trámite administrativo que permite su puesta en práctica:

²⁸ *Ibíd.*, art. 30.

²⁹ Ecuador, *Estatuto Jurídico de la Función Ejecutiva, ERJAFE*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, art. 54. En adelante ERJAFE.

³⁰ Cassagne, *Derecho administrativo*, 255.

La primera diferencia entre la delegación por un lado y la desconcentración y descentralización por el otro, está así dada por el órgano que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: En la desconcentración y descentralización es por regla general el Congreso, en la delegación un órgano administrativo superior que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.³¹

Es decir, en la delegación de funciones de ámbito administrativo es un funcionario de rango superior, pero en solitario quien lo decide; en el segundo, para la descentralización y la desconcentración es el propio Congreso, que en el Ecuador actual toma el nombre de Asamblea Nacional. No coincide Gordillo con Cassagne, para quien la transitoriedad es la primera diferencia; según Gordillo, es la segunda, tal y como se consigna a continuación:

Una segunda diferencia es que, en el caso de la desconcentración y descentralización, una vez que ellas han sido dispuestas, la competencia de que se trata pertenece exclusivamente al inferior y el superior solo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del control administrativo. En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer; de allí también que se halle unido por más fuertes lazos al superior. En la desconcentración, a su vez, la responsabilidad del superior por el modo en que se ejerce la competencia que le ha sido quitada, es limitada porque se ha reducido también su poder de control.³²

Cassagne coincide en la primera diferencia de Gordillo, la descentralización y la desconcentración son irreversibles mientras que la delegación no. En la segunda diferencia que señala Gordillo, alude a un hecho que Cassagne no menciona, y es que una vez que se ha delegado, las tareas las hará el funcionario o el órgano sobre el que recayó la delegación a su manera, sin que el superior jerárquico tenga mayor control sobre sus acciones, puesto que ya las competencias no le pertenecen.

1.2 Naturaleza jurídica de la delegación

Para tratar de la naturaleza jurídica de la delegación de funciones es necesario remontarse al año 1215, cuando el rey inglés Juan sin Tierra se vio obligado a dejar, en manos de los señores feudales de su reino, algunas funciones que hasta entonces él había ejercido, sin tomar en cuenta siquiera el parecer de los nobles. Juan, apodado Sin Tierra porque a su nacimiento su padre, el rey Felipe II, ya había repartido la

³¹ Gordillo, 290.

³² *Ibíd.*

herencia entre sus tres hermanos, accedió al trono en 1169. Ejerció su reinando de manera arbitraria, despótica y errática, lo que causó tal malestar entre los barones que se sublevaron, es decir, le negaron la obediencia que hasta entonces le habían jurado. El Rey, para reconciliarse con sus nobles, aceptó firmar un documento que se conoce como Magna Carta, donde se delegaban algunas de las funciones.³³

Se exigió que el tribunal de pleitos no fuera itinerante (cláusula 17), que ciertos procesos se seguirían en los tribunales locales (cláusula 18), que las multas serían según el grado de las faltas y no serían impuestas “sino por el juramento de hombres honestos del vecindario” (cláusula 20), que los barones solo fueran multados por sus pares y según el delito (cláusula 21). La cláusula 24 fue introducida como un modo de que los casos criminales estuviesen en manos de la justicia real, dejando los casos menores a los tribunales locales. La cláusula 45 exigió que los jueces y demás funcionarios reales debían ser versados en el conocimiento de las leyes con el propósito de cumplirlas a cabalidad.³⁴

Antes de la firma de este documento, Juan Sin Tierra pretendía resolver personalmente todos y cada uno de los diferendos que surgieran entre sus súbditos. En este contexto, al delegar en instancias locales la administración de algunos temas, se atenuaba el mal gobierno del que se le acusó.

No obstante lo temprano de la acción de Juan sin Tierra, la delegación de funciones no fue una práctica de la actividad estatal sino hasta finales del siglo XVIII, en el contexto de la Revolución Francesa (1789).³⁵

Una muy importante labor de esta época revolucionaria, fue realizar las definiciones semánticas necesarias para contextualizar una nueva situación. Creándose el concepto de soberanía nacional, entendido como la “traslación de la soberanía (en definitiva del poder) desde el Príncipe (principio monárquico del absolutismo) a la nación, entendida como distinta de los individuos que la componen, y titular de dicha soberanía (poder) de forma originaria y ejercida -en virtud de

³³ María Rosa Liarte Alcaine, “La monarquía inglesa en el siglo XIII. Juan Sin tierra y la Carta Magna”, *Claseshistoria: Publicación de Historia y Ciencias Sociales* (2010): 2.

³⁴ Freddy Ronald Centurión González, “Apuntes de historia del Derecho. La Magna Carta: ocho siglos después (1215-2015)”, *IUS: Revista de investigación*, n. ° 9 (2016): 18.

³⁵ Suele considerarse que el punto de partida del derecho administrativo es la Revolución Francesa. Este es un acontecimiento que produce grandes innovaciones. La primera de ellas es en el lenguaje, empezando por la palabra revolución que antes sólo se refería a la obra del polaco Nicolás Copérnico "De revolutionibus", publicada en 1543 en Nurenberg. Allí se formuló la teoría heliocéntrica, y se empezó a cambiar el modo de pensar pasando de un pensamiento teológico a uno científico. Miguel Malagón Pinzón, “La Revolución Francesa y el derecho administrativo francés. la invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial”, *Dialogo de Saberes: Revista de investigaciones y ciencias sociales*, n. ° 23 (2005): 168

delegación- por los órganos instituidos por la propia nación”.³⁶ En este contexto es cuando se otorga el carácter jurídico a la delegación de funciones, pues se constituye el Estado constitucional a partir de la Revolución Francesa, con separación de poderes de Montesquieu, lo que significó un cierto control en la tarea de administrar los asuntos públicos.³⁷

Brewer-Carias llama la atención en su análisis sobre la delegación de su representación que hacía el pueblo en el texto de la Constitución, a quienes entraban a formar parte del gobierno diciendo que lo hacían en su nombre y a su favor:

En todo caso, después de la Monarquía y ejecutado Luis XVI, la Constitución de 1793 estableció la República, en sustitución de la Monarquía, como única e indivisible (artículo 1). En consecuencia, el pueblo soberano, constituido por *la universalidad de los ciudadanos franceses*, nombraba sus representantes en los cuales le delegaba el ejercicio de los poderes públicos (artículos 7 a 10). Esta idea de la representatividad, sin embargo, en Francia se impuso desde el momento mismo de la Revolución, en 1789, a pesar de que al inicio la forma del gobierno siguió siendo monárquica. Así, en la Constitución de 1791 se estableció que: “*La Nación de la cual emanan todos los poderes, no los puede ejercer sino por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey*” (artículo 2, título III).³⁸

Por lo tanto, el nuevo orden que emergió de la Revolución Francesa estableció un Estado con funciones claramente delimitadas. No obstante, este Estado requería de normas claras para funcionar, por lo que se elaboró la normativa actualmente conocida como derecho público; en consecuencia, la delegación de funciones es un principio de la organización de la Administración pública.

Un aspecto que cabe resaltar es que, aunque la delegación como figura del derecho administrativo se rige por la normativa pública, al poder hacer la delegación a un ente privado, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe una cierta imposibilidad de ubicarla en un solo régimen jurídico, puesto que algunas reclamaciones pueden hacerse desde el derecho común y el derecho civil. Este aspecto da ciertos dolores de cabeza cuando se presenta, ya que no se enmarca en un área específica del derecho, y al mismo tiempo puede ser asumido desde el derecho privado.

³⁶ *Ibíd.*, 169.

³⁷ Luis Enrique Villanueva Gómez, “La división de poderes: teoría y realidad”, en Homero Vázquez Ramos (Coord.), *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales* (México, D.F.: Universidad Autónoma de México, 2014), 151-2.

³⁸ Allan R. Brewer-Carias, “Los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”, *ARS BONI ET AEQUI*, n. ° 2 (2011): 122.

El artículo 69 del Código Orgánico Administrativo tiene similar contenido, al establecer que los órganos administrativos pueden delegar el ejercicio de sus competencias, pero es más amplio que el artículo 55 antes señalado, en cuanto a la posibilidad de delegar competencias no solo a órganos de inferior jerarquía, sino también a órganos o entidades de otras administraciones, sujetos de derecho privado y a titulares de otros órganos dependientes para la firma de actos administrativos. De ello, se puede colegir que con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo, ya será posible realizar una delegación con carácter interadministrativa, como por ejemplo lo establecido en el artículo 279 del Código de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, referente a la capacidad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados de delegar el ejercicio de sus competencias a otros niveles de gobierno, previo la suscripción de convenios que establezcan la forma de ejecutar la delegación, así como de acto normativo; respecto de la delegación a privados, un claro ejemplo se pueden considerar los diversos tipos de concesiones que realiza el Estado en favor de empresas privadas, ampliándose la concepción que usualmente se tiene de que la delegación de funciones solamente podía darse entre superior e inferior jerárquico de un mismo órgano administrativo.

En cuanto al régimen jurídico en el que se realiza la delegación de funciones, este va a depender de cómo se haya llegado a hacer la delegación, pues la Administración tiene algunas formas de delegar (“concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaria, de certificados de aportación o de otros títulos o derechos, o por cualquier otra forma contractual de acuerdo con la Ley”³⁹), debiendo tomar en consideración algunos factores, como el tiempo, los montos o inclusive los sectores, para saber cuál de las opciones es la adecuada.

Sin embargo, a pesar de lo que sostienen algunos autores y de la normativa constitucional, relacionada a los sectores estratégicos y su vinculación con la soberanía nacional, en la práctica sí se delega en sectores que son estratégicos para el Estado, tales como los servicios públicos. De hecho, la propia Constitución dispone que el Estado debe administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, para lo cual debe construir las empresas públicas que gestionarán estas áreas y darán el correspondiente servicio a la comunidad.

³⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 8 de diciembre de 2015, art. 4. En adelante se cita como LOCGE.

En este sentido, el artículo 313 determina que: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia (...)”, de lo que se deduce, que el Estado está en la obligación de crear empresas públicas necesarias para cumplir con lo determinado en la Constitución, sin embargo, en ocasiones los distintos organismos estatales no poseen la experiencia o infraestructura para prestarlos por sí mismo, y por lo tanto se delega.

Es por esto que, al margen de que la titularidad de los servicios públicos del Estado, ante la constatación de su incapacidad para prestar ciertos servicios o gestionar ciertas áreas, y ante la garantía que otorga la Constitución al ciudadano de la prestación del servicio, lo que implica una obligación para la Administración pública, por lo cual la delegación al privado, debe darse siempre dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico. No obstante, esta delegación no significa que el Estado pierda totalmente el control sobre los servicios que delega en la gestión privada, puesto que ejerce acciones de regulación y puede recuperar la gestión cuando lo considere oportuno.

Es importante resaltar que el artículo 316 de la Constitución de la República limita el concurso de la iniciativa privada en el tema de sectores estratégico y la prestación de servicios públicos a aquellos casos en que la ley, específicamente, así lo establezca. Por lo tanto, la empresa privada puede ser objeto de delegación por parte del Estado solo de forma excepcional, dada la importancia que tienen estos sectores y servicios para el desarrollo del país, como por ejemplo hidrocarburos, tomando en cuenta de que el petróleo es una de las fuentes de ingresos más relevante para el país debe delegarse este sector estratégico por cuanto, el Estado no posee los recursos económicos y tecnológicos para realizar una adecuada explotación, estando obligados a realizarlo por medio de empresas extranjeras, lamentablemente, no se ha realizado un manejo responsable o no se han firmado de forma correcta los acuerdos para beneficiar al país, hemos visto en ocasiones resultados por demás perjudiciales para el Ecuador, no solamente en aspectos ambientales, al producirse contaminación por no llevar procedimientos de forma correcta, sino también en el ámbito económico, pues resulta un mal negocio que se convierte en necesario a efectos de inyectar recursos al país.

1.3 Características esenciales de la delegación

La figura de la delegación administrativa de funciones o atribuciones tiene como características las que se leen a continuación:

1. *Temporal.*- Lo que quiere decir que opera en un plazo determinado, que tiene principio y fin. Guzmán Napurí dice que “los cambios de competencia por delegación son temporales, puesto que operan por un plazo o pueden estar sometidos a una condición determinada”⁴⁰.
2. *Motivada.*- Esto es, que la acción administrativa de la delegación se realiza cuando las circunstancias la hacen imprescindible, como un recurso último en aras de cumplir con el trabajo; Guzmán Napurí dice que, además, la motivación se hace “y su contenido debe estar referido a una serie de actos o procedimientos señalados en el acto que lo origina. Esto último implica, para el caso de la delegación, que la misma debe ser objetiva y no estar referida a situaciones particulares o a casos específicos”⁴¹.
3. *Basada en la ley.*- Guzmán Napurí explica que “en el marco legal determinado por la Constitución vigente, su propia ley orgánica y en las resoluciones emitidas sobre diversos temas que modifican ciertas condiciones para adecuarlas a las circunstancias del país”⁴².
4. *Regirse en derecho público.*- Puesto que este es el marco que la regula, Guzmán Napurí especifica que “actuar fuera del mismo deslegitimaría el ejercicio de la delegación”⁴³.
5. *Acto Jurídico.*- Porque para su realización cuenta con la voluntad de las partes es lícito y tiene por objetivo modificar una situación dada. Guzmán Napurí explica que “es acto jurídico también porque se realiza dentro de dentro de la Administración pública y permite o facilita la realización de obligaciones que el órgano superior o el mismo Estado debe cumplir con los ciudadanos”⁴⁴.
6. *Transitorio.*- Circunstancias excepcionales hacen necesario que se delegue; por lo que, aunque es de duración indefinida, tiene fin.

⁴⁰ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 223.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 224.

7. *Jerárquica*.- Lo que significa que solo puede plantearla un órgano o funcionario de superior jerarquía, y acorde con Guzmán Napurí, actúa “sobre órganos y funcionarios de inferior jerarquía”.
8. *Reversibilidad*.- Sobre esta última característica, la reversibilidad, dice Gordillo que: “el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido al órgano inferior y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo”⁴⁵. Es así como una de las características más destacables es que la competencia delegada se puede retomar, pues lo que dice la ley es que esta no debe salir del ámbito de control del propio Estado.

1.4 Clasificación de la delegación

Dentro de las clasificaciones más reconocidas se encuentra la de Cassagne, quien distingue a dos grandes grupos: “a) delegación legislativa, y b) delegación administrativa”⁴⁶.

Puesto que la segunda es la que interesa a la presente investigación, se profundizará sobre esta.

Respecto a la delegación administrativa, el jurista establece dos subclases:

1) Delegación interorgánica, y 2) delegación intersubjetiva, o entre entes públicos, a las que describe así:

A) Delegación interorgánica

La delegación interorgánica consiste en la transferencia de facultades, por parte del órgano superior al órgano inferior, que pertenecen a la competencia del primero. Se trata de una técnica transitoria de distribución de atribuciones, en cuanto no produce una creación orgánica ni impide el dictado del acto por el delegante, sin que sea necesario acudir por ello a la avocación, pues la competencia le sigue perteneciendo al delegante, pero en concurrencia con el delegado.⁴⁷

Esta delegación requiere de una norma que la autorice, al crear una competencia nueva para la entidad o funcionario que recibe la delegación. Por su parte, la segunda subespecie de delegación de funciones también se da entre entes del ámbito público:

Partiendo de la idea de que la separación absoluta entre el Estado y los entes locales ha sido totalmente superada, la doctrina española contemporánea postula su

⁴⁵ Gordillo, 291.

⁴⁶ Cassagne, *Derecho administrativo*, 242.

⁴⁷ *Ibíd.*, 243.

procedencia y efectiva existencia como figura propia, reconociendo no obstante la escasa aplicación que de ella se hace en aquellos países que han seguido los lineamientos del régimen local vigente en Francia.

En Italia, esta modalidad de delegación, que en un principio había sido rechazada por la doctrina ha sido expresamente reconocida en el artículo 118 de la Constitución de 1947, que la consagra en forma amplia, lo cual ha operado el cambio de criterios que se advierte en las obras de autores que con posterioridad se han ocupado de analizar esta institución⁴⁸.

Aunque la delegación de funciones constituye una técnica muy usada de la organización de la Administración pública, los tipos de delegación según Cassagne no se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos, mientras que los que sí están, han adquirido las características propias de cada nación, adaptándose a sus circunstancias.

En el sistema administrativo español, la delegación cabe dentro de otro concepto que, de acuerdo a su contenido semántico, funciona a modo de sinónimo. Esto es, a quien recibe la delegación se le denomina vicario, término que el *Diccionario de la lengua española* define como: “Que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye”⁴⁹. Dicho concepto se parece en mucho a las definiciones que se han hecho en las primeras páginas, sobre quien recibe la delegación, en el sentido de que tiene las facultades de otra persona o la sustituye, por lo que se diría, pues, que es el mismo. Otro concepto que amplía el anterior refiere a la “Persona que en las órdenes regulares tiene las veces y autoridad de alguno de los superiores mayores, en caso de ausencia, falta o indisposición”⁵⁰, es decir, el funcionario o funcionaria en quien se delega en los tres casos.

Sin embargo, previo a continuar con el estudio de la delegación en Ecuador, es necesario señalar, que el delegado, en caso de considerarlo pertinente, podrá negarse a ejercer la delegación, aun cuando expresamente, no existe un artículo en la normativa ecuatoriana, que textualmente lo indique de esa forma, existe normativa, que de ser el caso puede ser utilizada para tal efecto, en este sentido los referidos cuerpos legales son, por una parte, el Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Respecto del Código Orgánico Administrativo, el artículo 185 refiere a las órdenes superiores y su contenido, no obstante, en su último inciso, señala: “Sin

⁴⁸ *Ibíd.*, 243-4.

⁴⁹ Real Academia Española de la lengua, *Diccionario de la lengua*. Consultado el 4 de marzo. <http://www.rae.es/>.

⁵⁰ *Ibíd.*

embargo, los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insiste por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior.”⁵¹, texto legal que en caso de ser cumplido exoneraría al delegado de su responsabilidad en virtud de la exigencia manifiesta por escrito de la autoridad superior.

De la misma forma, la Ley Orgánica de Servicio Público, en su artículo 22 establece los deberes de las y los servidores públicos, determinando en su letra c) el cumplir las disposiciones superiores, pudiendo negarse a las mismas por escrito, cuando consideren que son contrarias a la Constitución y la Ley, por lo cual, si considera que la delegación puede contravenir las normas legales antes mencionadas, puede negarse aplicando esta normativa legal, sin embargo, no se precisa sobre quien recae la responsabilidad, a diferencia del Código Orgánico Administrativo e inclusive la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Por otra parte, en el caso de que la delegación, suponga el manejo de recursos públicos, el delegado puede negarse a ejercer la delegación, aplicando el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone:

Ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior. Esta disposición se aplicará en armonía con lo dispuesto en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.⁵²

Como podemos evidenciar, los dos cuerpos normativos que relevan de responsabilidad a los servidores a quienes se pueden delegar funciones son el Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, previo a la inasistencia por escrito de la máxima autoridad, sin embargo, dependerá mucho del funcionario la elección de la normativa a aplicar, para negarse a ejercer una delegación.

⁵¹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 185

⁵² Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art.41

Por otra parte, adentrándonos en la delegación dentro del territorio nacional, el Código Orgánico Administrativo, en su artículo 77 gestión de sectores estratégicos o servicios públicos, establece:

Cuando la gestión se refiera a sectores estratégicos o servicios públicos, la participación pública se ajustará al régimen constitucional, en la materia.

Cuando la ley especial no haya determinado la excepcionalidad de modo general, le corresponde al Presidente de la República, dicha calificación.

Cuando las normas jurídicas locales no hayan determinado la excepcionalidad de modo general, en los servicios públicos a cargo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, le corresponde esta calificación a su máxima autoridad administrativa.⁵³

Del análisis del referido artículo, podemos colegir que existe la posibilidad de delegar los servicios públicos y sectores estratégicos, ajustándose a lo establecido en el texto constitucional, estableciéndose excepciones, que el propio Código Orgánico Administrativo, señala:

Art. 74.- Excepcionalidad.-Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas con mayoría pública, el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector. La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégico, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas.⁵⁴

Es decir, si bien la Constitución de la República, permite una delegación de sectores estratégicos y servicios públicos, a sujetos de derecho privado, es necesario que se motive, explicando las razones que llevan a tomar esa decisión, por cuanto se tratan de temas sensibles para el interés nacional, es un avance normativo el que se plasma en Código Orgánico Administrativo al establecer cuales son dichas excepciones para poder delegar. De este modo, se tiene un mayor control de los recursos económicos y naturales.

⁵³ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 77

⁵⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 74.

1.5 Marco constitucional y legal aplicable

La delegación de funciones o atribuciones se encuentra normada en el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la Constitución de la República.

Es importante iniciar este recorrido por el capítulo quinto de la Carta Magna, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, cuyos primeros artículos referentes al tema de la delegación dicen lo siguiente:

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos

la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.⁵⁵

La justificación para citar estos artículos en toda su extensión se encuentra en la necesidad de consignar las exactas palabras en las que el Estado determina lo que más adelante incumple, por lo que es importante también revisar el siguiente:

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.⁵⁶

Muy claramente, el artículo 314 expresa en su última parte que el Estado establecerá su control y regulación, lo que puede interpretarse como que abre la puerta a la delegación de funciones y la prestación servicios en sectores donde antes se reservaba su gestión, pero léase el art. 316 para continuar el análisis con el panorama ya completo:

⁵⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 313.

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 314.

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.⁵⁷

Esto constituye definitivamente delegar. Esta delegación de la gestión de los sectores estratégicos y de la prestación de los servicios públicos, en principio, no es ilegal en el Ecuador, justamente porque la propia Constitución de la República lo permite y en este sentido, el Estado tiene formas jurídicas que permiten concretarla. Es importante destacar que existen varios precedentes en cuerpos legales anteriores a la redacción y vigencia de la Constitución de 2008.

Entrando en normativa elaborada por el gobierno anterior, de muy reciente finalización, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en la sección segunda, contempla:

Art. 279.- Delegación a otros niveles de gobierno.- Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión de sus competencias a otros niveles de gobierno, sin perder la titularidad de aquellas. Esta delegación requerirá acto normativo del órgano legislativo correspondiente y podrá ser revertida de la misma forma y en cualquier tiempo. Para esta delegación las partes suscribirán un convenio que contenga los compromisos y condiciones para la gestión de la competencia. Ningún nivel de gobierno podrá delegar la prestación de servicios públicos que le hubiere delegado otro nivel de gobierno. Los gobiernos autónomos descentralizados podrán recibir delegaciones de servicios públicos desde el gobierno central para lo cual, este último, entregará la asignación económica necesaria para la prestación del servicio.⁵⁸

Esta delegación a la que se refiere el COOTAD es administrativa porque trata la materia de descentralización administrativa, la que delega las funciones entre entes gubernamentales. En otras palabras, se refiere al ámbito estatal con preponderancia jerárquica, en cuyo ejercicio no concurre el sector privado al tratarse de cuestiones que, primero, son de gestión meramente administrativa, y segundo, no rinden ningún rédito económico. Adicionalmente, el COOTAD sostiene que:

Art. 384.- Delegación y avocación.- Previa notificación a la máxima autoridad, los funcionarios administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán delegar el ejercicio de la facultad de resolver a otro funcionario de nivel inferior de autoridad, mediante acto motivado expreso.

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 316.

⁵⁸ Ecuador, COOTAD, art. 279.

El funcionario que delega no tendrá responsabilidad por los actos u omisiones ulteriores de su delegatario.

Los organismos administrativos jerárquicamente superiores de los gobiernos autónomos descentralizados podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda por atribución propia o por delegación a los órganos dependientes, cuando lo estimen pertinente por motivos de oportunidad técnica, económica, social, jurídica o territorial.⁵⁹

Es interesante notar en este segundo párrafo del art. 384 una contradicción con toda la teoría que se ha revisado hasta aquí, puesto que exime de responsabilidad al funcionario que delega, cuando este mantiene siempre la titularidad, el control y la responsabilidad. Inclusive, dicho artículo no especifica que esta pase a manos de la persona delegada.

La avocación mencionada en segundo lugar en la cita anterior es la misma acción que la delegación con una inversión de orden: “La avocación consiste en la facultad que tiene el superior de tomar el conocimiento mediante el dictado de la decisión en un asunto cuya competencia pertenece al inferior”.⁶⁰ De lo que se infiere que conocer no significa decidir o interferir.

Asimismo, otro cuerpo legal, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, dice lo siguiente de la delegación:

Art. 55.- LA DELEGACION DE ATRIBUCIONES.- Las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por Ley o por Decreto. La delegación será publicada en el Registro Oficial.

Los delegados de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública Central e Institucional en los diferentes órganos y dependencias administrativas, no requieren tener calidad de funcionarios públicos.⁶¹

Un primer asunto que queda claro en este estatuto es la obligatoriedad del trámite y cómo se hace, al mencionar que debe publicarse en el Registro Oficial. El segundo asunto es que, incluso en las dependencias administrativas, se puede delegar también a personas, naturales o jurídicas, que estén fuera del ámbito público estatal, lo que se suponía que era indelegable al referirse a cuestiones administrativas. La teoría de los diversos autores establece que las funciones que se ejercen por delegación son indelegables. Sobre ello, el artículo 56 del texto analizado deja la

⁵⁹ *Ibíd.*, 384.

⁶⁰ Cassagne, *Derecho administrativo*, 100.

⁶¹ Ecuador, ERJAFE, art. 55.

puerta abierta a esa posibilidad cuando dice: “Salvo autorización expresa, no podrán delegarse las competencias que a su vez se ejerzan por delegación”.⁶²

Aquí sí manifiesta lo que ya se sabía, es decir, lo que han venido sosteniendo todos los autores citados, que una de las características intrínsecas de este principio administrativo es que: “Art. 57.- La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la haya conferido y se extinguirá, en el caso de asuntos únicos, cuando se haya cumplido el acto cuya expedición o ejecución se delegó”.⁶³ Es relevante acotar que la delegación es corta y específica.

A pesar de ciertas ambigüedades halladas en algunos artículos de las normas revidadas, las principales funciones del Estado, sin embargo, siguen siendo indelegables: “Art. 58.- INDELEGABILIDAD.- En ninguna circunstancia serán delegables las competencias constitucionales del Presidente y Vicepresidente de la República”.⁶⁴ Se entiende que no pueden serlo, aunque la delegación de funciones se hace desde un funcionario o estamento superior a uno inferior, debido a la relevancia que estas funciones tienen, al alto nivel de responsabilidad que le es inherente a estos cargos, y a la carga ideológica que tienen: los elegidos son ellos y no otros.

1.5.5 Otras normas

La delegación de la prestación de servicios públicos no solo se encuentra en la normativa mencionada, hay otros cuerpos legales del ámbito del derecho público que sirven al objetivo de prestar servicios públicos, por parte de la iniciativa privada, estos son:

1. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que en su artículo 100 dice:

Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

⁶² *Ibíd.*, 56.

⁶³ *Ibíd.*, 57.

⁶⁴ *Ibíd.*, 58.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelaré que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.⁶⁵

Lo cierto es que la historia ha demostrado que la excepcionalidad es siempre un arma de uso antojadizo según el gobierno, del signo ideológico que este sea, pues le permite saltarse las normas y hacer lo que conviene a los intereses de los grupos económicos afines.

2. *La Ley de Minería*, que establece en su artículo 137 que se delegará a manera de incentivo:

Art. 137.- Incentivo a la producción minera nacional.- A fin de impulsar el pleno empleo, eliminación del subempleo y del desempleo, y de fomentar la productividad y competitividad, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, el Estado mediante la delegación a la iniciativa privada, cooperativas y asociaciones de economía popular y solidaria, promoverá el desarrollo de la minería nacional bajo el régimen especial de pequeña minería, garantizando el derecho a realizar dicha actividad en forma individual y colectiva bajo principios de solidaridad y responsabilidad social⁶⁶.

En teoría, parecería que la delegación o concesión de estos sectores a la iniciativa privada resuelve algunos problemas urgentes del país. De cualquiera manera, lo descrito en los dos numerales se refiere a delegación excepcional, y deben cumplir de manera inexcusable dos requisitos: 1. Cuando no se tenga la capacidad técnica o económica; y 2. Cuando la demanda o servicio no pueda ser cubierta por la empresa pública o mixta.

En breve, se ha comprendido que la delegación constituye la transferencia de una parte o de la totalidad de competencias de un órgano superior a un inferior jerárquicamente, que no se la puede confundir con la desconcentración y descentralización. Para esto se ha analizado las características, formas y momentos para delegar, mientras que en el próximo capítulo nos referiremos a la delegación en la Contraloría General del Estado, tema central de la presente investigación.

⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 100.

⁶⁶ Ecuador, *Ley de Minería*, Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009, art. 137.

Capítulo segundo

Delegación de funciones dentro de la Contraloría General del Estado

En Ecuador los usos de los dineros públicos, por parte de los diversos organismos que conforman el Estado, así como los privados en asociación con entes estatales, están bajo el control y la supervisión de la Contraloría General del Estado. Esta institución está designada dentro del aparataje estatal para estos fines, los cuales se encuentran determinados en la Constitución de la República. Es así como las atribuciones que le otorga la Carta Magna le dan gran relevancia a la entidad, al ser el organismo que realiza los exámenes especiales y la determinación de responsabilidades administrativas, civiles y penales, competencias de gran relevancia para el país, pues permite conocer los posibles montos en los que se ha perjudicado al Estado.

La responsabilidad de las funciones y atribuciones que tiene cada funcionario y funcionaria que trabaja en la Contraloría es de un nivel superior en el aspecto ético al de quienes trabajan en otros organismos estatales, por lo delicado de su quehacer y la relevancia de sus resultados. Adicionalmente, la Contraloría General del Estado, vela por la integridad del uso de los dineros estatales, por lo que la delegación de las tareas de esta institución solo se hace dentro de la misma institución y bajo un reglamento de carácter estricto.

El alto nivel de responsabilidad de los empleados de la Contraloría se debe, según el análisis de algunos entendidos, a la naturaleza misma del control que realiza dicha entidad sobre las actividades gubernamentales. Esto se debe a que en dichas actividades pueden existir vulneraciones a los derechos de los administrados y a su seguridad jurídica, pues al encontrarse establecida de una manera general no permite que el administrado consiga -en caso de requerirlo- plantear las acciones legales correspondientes de manera correcta. La labor de control es, a la vista de lo dicho, la más importante de las que se realizan dentro del ámbito estatal, con implicaciones legales penales en muchos casos. Por lo tanto, cabe mencionar que la idea de control configura en el derecho administrativo una de las acciones que mayor peso tiene en el desenvolvimiento de las actividades de los empleados públicos.

Al respecto, el profesor ecuatoriano Efraín Pérez hace la siguiente definición:

Es un sistema de derecho público, que consiste en observar, inspeccionar y verificar si los recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos se los ha utilizado correctamente en la ejecución de un plan de manera que pueda compararse

continuamente los resultados obtenidos con los programados y tomar medidas conducentes a asegurar la realización de sus objetivos, el control significa registro, comprobación, verificación y evaluación; por lo tanto no deja de ser un conjunto de procedimientos jurídicos y operativos destinados a examinar el funcionamiento de la administración pública para analizar el cumplimiento de sus deberes.⁶⁷

Es así que entre los deberes que tiene la Administración pública se encuentran el control y el autocontrol, el primero respecto a los demás órganos que conforman la estructura estatal y los particulares que tienen contratos con el Estado; y el segundo sobre sí mismo, sus acciones u omisiones.

Con todo, este control sobre cómo se administran los recursos públicos no es un asunto de creación e implantación moderna, viene de lejos en la historia de la gobernanza pública. Al efecto, Malangón Pinzón sostiene que:

Desde el periodo de dominación española tuvimos varios controles sobre la gestión administrativa, uno de tipo disciplinario como los juicios de residencia y las visitas, y otro de tipo fiscal como el juicio de cuentas. Esta institución estuvo a cargo de los Tribunales de Cuentas y subsistió en los siglos XIX y XX. Hoy en día, la Constitución de 1991 establece la revisión de cuentas como uno de los sistemas de control fiscal.⁶⁸

La supervisión y el escrutinio de las labores de quienes manejan la cosa pública ha sido siempre una necesidad. Y es que en lo que se refiere al control del quehacer estatal, ya lo decía Fraga a mediados del siglo XX, que “entre las garantías de orden jurídico se encuentran las diversas clases de control sobre los actos de los Poderes públicos: la responsabilidad directa del mismo Poder y las responsabilidades civiles y penales de los funcionarios y empleados públicos”.⁶⁹

2.1 Competencias de la Contraloría General del Estado

Las competencias se originan en la ley, y delimita las actividades, es decir, las atribuciones que un ente o un funcionario tendrán. Sobre esto, Guzmán Napurí manifiesta que:

A fin de dotar de contenido a la función administrativa, es necesario definir cuáles son las actividades que la Administración Pública desempeña en mérito a dicha función, dado que la misma no es en absoluto homogénea. En primer lugar, las actividades de la Administración Pública deben configurarse como obligaciones, al

⁶⁷ Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo* (Loja: Ediloja, 2013), 167.

⁶⁸ Miguel Malagón Pinzón, “El juicio de cuentas, primera institución de control fiscal de la administración pública”, *Estudio Socio-Jurídico*, n.º 6 (2004): 278.

⁶⁹ Fraga, *Derecho administrativo*, 46.

amparo del principio de legalidad y teniendo en cuenta la competencia de cada uno de los entes que la conforman. Asimismo, ninguna de dichas actividades puede considerarse propia de la función gubernativa, la función legislativa o la función jurisdiccional.⁷⁰

La definición de las competencias de los entes se origina por el objetivo a cumplir, pues cada oficina estatal es creada para cubrir unas necesidades de la Administración pública en tal o cual área, lo cual significa que tiene un fin del que se derivan unas tareas concretas y específicas a las que el derecho administrativo, de invención posterior, se ha encargado de dotar de legalidad y legitimidad, que adquiere el funcionario cuando ocupa el cargo.

En este punto es necesario plantearse otra perspectiva, y esta es que la competencia es el conjunto de atribuciones que corresponde a los órganos públicos estatales y a los funcionarios que trabajan en estos órganos, pero no de manera exclusiva y excluyente. Ello depende de la forma en que los mandantes de turno decidan organizar la Administración del Estado.

Precisamente por lo anotado en las líneas precedentes, resulta de vital importancia para la cabal comprensión de esta tesis, empezar haciendo una definición de lo que se entiende por competencia en el contexto del tema que se está tratando en este estudio. Es así que Gabino Fraga, el primer jurista que se va a citar al respecto, en su obra *Derecho administrativo* dice lo siguiente sobre competencia:

Para denominar lo que hemos llamado "atribuciones del Estado" se ha hecho uso de otras expresiones tales como la de "derechos", "facultades", "prerrogativas", "cometidos" o "competencias" estatales. Sin embargo, hemos preferido el término "atribuciones" ya admitida en la doctrina tanto porque su connotación gramatical es adecuada e inequívoca, como porque con ella no se prejuzga' sobre otros problemas propios de la teoría del Estado y por tanto puede aplicarse cualquiera que sea la organización política y estructura de los diversos tipos de Estados contemporáneos.⁷¹

Es decir, en derecho administrativo las competencias equivalen a funciones, atribuciones, facultades y prerrogativas a cumplir, por lo que todos esos términos son sinónimos en diversa doctrina que trata sobre el tema.

Es así como, una vez aclaradas estas dudas de orden semántico respecto a la competencia, conviene hacer un ejercicio de definición de ella desde el derecho administrativo. Guzmán Napurí, se refiere a ella como atribuciones cuando dice que: "Se entiende por competencia, entonces, el conjunto de atribuciones de los órganos y

⁷⁰ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 22.

⁷¹ Fraga, *Derecho administrativo*, 13.

entes que componen la Administración pública, las mismas que son precisadas por el ordenamiento jurídico. La importancia de la competencia es tal que sin ella el acto administrativo deviene en nulo”.⁷² Al ser imprescindible su especificación, las competencias se encuentran detalladas en las leyes orgánicas y demás normativa que compone el derecho administrativo.

Por su parte, Sayagués Laso sostiene que competencia es:

El conjunto de facultades que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de ‘competencia’ da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: Es su aptitud de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.⁷³

Además de coincidir con los autores citados hasta aquí, es relevante la mención a la legitimidad de las acciones en la semántica de la competencia, pues no se puede desarrollar en derecho público aquello que no lo sea.

Por otro lado, Fraga acota que la competencia: “Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la Administración”.⁷⁴ Entonces, la competencia es lo que el ordenamiento jurídico faculta a tal órgano a hacer, es decir, las atribuciones llegan hasta donde marca la ley. Ningún ente o funcionario público, por mucha jerarquía que tenga, puede traspasar los límites que le impone la ley.

Otro autor que trata acerca de las competencias es Cassagne, quien la define como “la aptitud legal que le permite actuar a una persona jurídica pública estatal en el ámbito inter-subjetivo, surge tanto de las esferas de atribuciones de los órganos como de las facultades que tengan atribuidas los sujetos, con personalidad jurídica diferenciada, especialmente a través de las leyes que organizan su creación”⁷⁵.

En otras palabras, este tratadista está de acuerdo en lo sustantivo con los citados hasta aquí, en el sentido de que nada puede hacerse fuera de lo que ahí dice, esto es, las atribuciones son de la institución primero y del funcionario después, conferidas por la autoridad que las crea y descritas en su ley orgánica, además de en la Carta Magna y la ley en general.

⁷² Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 214.

⁷³ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1953), 183.

⁷⁴ Fraga, *Derecho administrativo*, 266.

⁷⁵ Cassagne, *Derecho administrativo*, 206.

Siguiendo con esta idea de Cassagne de encuadrar las atribuciones de la competencia dentro de los órganos estatales, Fraga, a su vez, plantea que:

Al señalar los caracteres de la competencia indicamos que, por regla general, la posibilidad de realizar un acto no se encuentra íntegramente confiada a un solo órgano, sino que, como una garantía para el buen funcionamiento de la Administración, se exige la intervención de diversos órganos. La división de la competencia se hace por lo regular siguiendo estos tres criterios: por razón de territorio, por razón de materia y por razón de grado.⁷⁶

Lo que implica una reserva por parte de la Administración del derecho de encargar tareas a un ente específico o a más de un órgano a la vez.

Igual que los otros autores, Cassagne afirma que la función es la actividad que el Estado confiere a los entes, la competencia que le toca ejercer como parte de esa repartición de tareas que lleva a cabo la Administración para su eficaz funcionamiento. Al respecto, Fraga apostilla que: “es característico de la competencia el que ella es constitutiva del órgano que la ejerce y no un derecho del titular del propio órgano. De tal manera que el titular no puede delegar ni disponer de ella sino en caso de que la propia ley lo consienta”.⁷⁷ Por tanto, quien delega la competencia es el órgano a través de quien ejerce la titularidad en ese momento, puesto que el órgano permanece en tanto que el funcionario es, por decirlo de alguna manera, fugaz.

Cabe mencionar que Gabino Fraga sostenía que la vastedad de las funciones que debe cumplir la Administración le impone a creación múltiples órganos, cada uno con su esfera de competencia, los cuales, a su vez, precisan de personas físicas que lleven a cabo las tareas que esas competencias demandan:

Un examen cuidadoso demuestra que no es posible ni debido confundir el órgano con su titular, porque siendo este último una persona física, tiene, junto con la necesidad de satisfacer sus intereses particulares, una actividad que se realiza en interés del Estado: y solamente desde ese último punto de vista se le puede considerar con la categoría de titular encargado de las funciones que al órgano corresponden. Además, el órgano constituye una unidad abstracta de carácter permanente, a pesar de los cambios que haya en los individuos que son titulares de él.⁷⁸

Sobre las atribuciones del órgano en tanto ente estatal dueño de las competencias, Guzmán Napurí sostiene que:

⁷⁶ Fraga, *Derecho administrativo*, 127.

⁷⁷ *Ibíd.*, 128.

⁷⁸ *Ibíd.*, 119.

Al órgano se le atribuye un conjunto de funciones para resolver o gestionar al interior del aparato organizativo, y constituye un conjunto de competencias y medios ordenados para realizar determinadas funciones. En este orden de ideas, el Decreto Supremo N. ° 043-2006-PCM define como órgano a las unidades de organización que conforman la estructura orgánica de la Entidad; señalando además que los mismos se clasifican de acuerdo a lo establecido en los referidos lineamientos.⁷⁹

Para ampliar la definición de órgano y situarlo en el sitio correcto, Cassagne manifiesta que:

La idea de órgano supone la existencia de dos elementos que, aunque susceptibles de diferenciación, constituyen una unidad. Ellos son un elemento objetivo, caracterizado por un centro de competencias -integrado por poderes o facultades, que se refieren tanto a potestades en sentido técnico como cometidos- y otro de carácter subjetivo, representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano, cuya voluntad -emitida dentro de los límites que marca el principio de la especialidad- se imputa al órgano (en su unidad) que al expresar la voluntad del sujeto, hace posible sustentar la responsabilidad de la persona jurídica estatal.⁸⁰

Una vez más, se refiere a dos cuestiones, la institución y la persona que la dirige, los cuales Cassagne une en un ejercicio de simbiosis que se da en el derecho administrativo, pues el órgano contiene las funciones y el cargo también. Como puede observarse, para este jurista todo es uno en sí mismo, una unidad. Una reflexión posible aquí es que la simbiosis propuesta por Cassagne se da en varias ocasiones, cada que el funcionario es relevado de su cargo y sustituido por otro individuo que pasa a desempeñar esas funciones, por lo cual resulta que este nuevo agente viene a fundirse con el cargo.

Sin embargo, no todos los juristas han estado, o están de acuerdo, en este punto, ya que el tema ha generado largas e interminables discusiones doctrinarias sobre la distinción del órgano de la competencia, o esta del órgano, como expresa el siguiente autor:

En la doctrina italiana se ha pretendido distinguir el órgano del oficio, no habiendo unanimidad de criterios en punto a lo que debe entenderse por uno y otro. En tal sentido, se ha sostenido que el oficio comprende la esfera abstracta de poderes y funciones, mientras que la persona física sería el portador del órgano. Tal distinción introduce una complicación inútil en la teoría del órgano y constituye una reminiscencia de las teorías que intentan postular la existencia de dos órganos (uno subjetivo y otro objetivo) sin reparar en que solo el concepto unitario explica el fenómeno de la imputabilidad, enlazando la voluntad de la persona física con la

⁷⁹ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 120.

⁸⁰ Cassagne, *Derecho administrativo*, 208.

competencia del órgano. La posición que la persona física ocupa en un órgano de una persona jurídica pública estatal, recibe el nombre de cargo, el cual es asumido por aquella en el momento de su designación.⁸¹

En lo que sin duda este trabajo de investigación está de acuerdo con Cassagne es que tal distinción es más bien estéril, pues la función y el ente constituyen una unidad que se encargan de hacer efectivas las competencias. Además, se trata de un hecho incuestionable que el funcionario tiene menos duración que la función, ya que este puede ser removido en cualquier momento, o la función puede ser modificada o incluso desechada, pero es una posibilidad más lejana, ejecutada en muy pocas ocasiones.

Por otro lado, este mismo autor se refiere a la competencia como uno de los cuatro principios jurídicos de la organización administrativa, los que dice “constituyen una consecuencia lógica de cualquier sistema que procure instaurar una organización jurídico-pública”.⁸² No obstante, la competencia es el principio que predomina, al ser el que organiza, articula y delimita las tareas, de ahí su mayor importancia:

Si bien el fundamento de la competencia puede hallarse tanto en la idea de eficacia (que conlleva la necesidad de distribuir las tareas entre órganos y entes diferenciados) como en una garantía para los derechos individuales, cierto es que esta institución se encuentra erigida fundamentalmente para preservar y proteger -de una manera objetiva y muchas veces genérica- el cumplimiento de las finalidades públicas o de bien común que la Administración persigue. La competencia puede considerarse desde muchos puntos de vista y su significado ha originado grandes desacuerdos doctrinarios. Ella puede analizarse en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los elementos esenciales del acto administrativo.⁸³

Es necesario mencionar que una parte de los juristas, el sector doctrinario que menciona Cassagne, y a propósito de los debates antes mencionados, ha querido hacer una distinción entre lo que es competencia y lo que es atribución: “sosteniendo que, mientras la primera se refiere a la emanación de los actos como una derivación directa del principio de articulación, la segunda se relaciona con el poder genéricamente considerado e implica el otorgamiento con carácter necesario y único de una determinada facultad a un órgano”.⁸⁴

⁸¹ *Ibíd.*, 208-9.

⁸² *Ibíd.*, 231.

⁸³ *Ibíd.*, 235.

⁸⁴ *Ibíd.*

A efectos comparativos, cabe explicar que en la doctrina española la concepción es diferente, se diría que hasta opuesta, pues esta supone que la competencia se define “por su sentido genérico y objetivo y es la figura que se opone a la atribución, al ser esta última concreta y específica de los órganos que la ejercen”.⁸⁵

En oposición de lo citado en los párrafos anteriores, para Sayagués Laso la idea de atribución se relaciona más bien a las facultades que derivan del mismo cargo público: “tratándose de un concepto cercano al de poderes o potestades de los órganos administrativos, siendo preferible reservar el término ‘cometidos’ para designar las tareas estatales”.⁸⁶ Esas tareas estatales que menciona el autor serían las competencias mismas, solo que descritas o mocionadas de otra manera.

Otro autor que ha tratado el tema en sus libros es Gordillo, quien piensa que al diferenciar entre el órgano físico y el jurídico solo se confunde con el ente, y manifiesta que: “estas consideraciones son aplicables al órgano jurídico, el cual se integra y confunde con el ente al cual pertenece, sin tener una voluntad o una personalidad independiente de él. No ocurre lo mismo con el órgano físico, esto es, la persona física llamada a ejercer la función que constituye el órgano jurídico”.⁸⁷ El funcionario no se confunde con el órgano en el que desarrolla su trabajo, según el jurista, que añade que:

El funcionario, en efecto, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación: su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado y su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal. En el primer caso el funcionario puede tener derechos contrapuestos con el Estado y se lo considera un sujeto de derecho diferenciado de él; en el segundo el funcionario se subsume dentro del órgano jurídico y en cuanto titular, no tiene, según ya dijimos, derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente competencias que le han sido asignadas y que desempeñará en su nombre; no tiene tampoco, en consecuencia, una personalidad diferenciada de la del Estado.⁸⁸

Al actuar en nombre del Estado, es un hecho que no tiene personalidad diferenciada en su desempeño como funcionario, no mientras se encuentre en ejercicio de sus funciones. No obstante, en su calidad de persona, puede ejercer derechos y reclamarlos si estos están siendo conculcados, caso que puede ocurrir

⁸⁵ *Ibíd.*, 235.

⁸⁶ Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, 49.

⁸⁷ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 283.

⁸⁸ *Ibíd.*

cuando el Estado le pide que actúe en contra de sus más elevados principios. Como ejemplo, se puede mencionar la práctica del aborto y de la eutanasia para los médicos católicos de la sanidad pública, que en algunos países es un servicio más que presta el sistema de salud. Por esta razón el cargo, a diferencia del órgano, admite la diferenciación que este no.

Por otro lado, Cassagne supone un error de algunos tratadistas al definir la competencia como medida del alcance de un órgano, lo cual se hace siguiendo la doctrina procesalista, la cual:

Caracteriza a la competencia como la medida de la jurisdicción, mientras que la competencia consiste en la aptitud legal para ejercer dichas potestades y ser titular de ellas. Esa competencia tiene, ante todo, una raíz objetiva, en el sentido de que a partir de la formulación del régimen administrativo napoleónico, ella no surge más de la sola voluntad del monarca o funcionario, sino que se hallará predeterminada por la norma.⁸⁹

Esto, sin embargo, no elimina la discrecionalidad en la definición del criterio para dictar el acto administrativo “pero exige que la aptitud legal del ente o del órgano de la Administración se base en una norma objetiva”.⁹⁰ Si bien es cierto que es un tema complejo e interesante, su profundización es de poca utilidad para el desarrollo de esta tesis.

En lo relativo a los límites o limitaciones del ejercicio de las competencias, varios autores coinciden en señalar que son cuatro:

Tanto en definiciones amplias como restringidas, se suele utilizar el término como comprensivo de toda la conducta que se imputa legítimamente o no a un ente, cuando en realidad todos los autores limitan la competencia a los casos de competencia en razón del territorio, materia, tiempo y tal vez grado. Quedan afuera los demás elementos del acto y decir entonces que un acto fue dictado “con competencia” no equivale a decir que fue dictado “válidamente,” en el derecho positivo, pues queda aún por determinar si el acto cumplimenta o no con los demás recaudos del ordenamiento jurídico.⁹¹

Se entiende, entonces, en acuerdo con lo que sostiene Gordillo, que la competencia se circunscribe a una limitación temática, de territorio, materia, tiempo y grado. Cassagne coincide ampliamente con Gordillo, aunque plantea en formas más amplia los siguientes temas:

⁸⁹ Cassagne, *Derecho administrativo*, 236.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Gordillo, *Tratado de Derecho administrativo*, 285.

a. En razón de la materia.- “Su clasificación reposa en la substancia o naturaleza del acto conforme al derecho objetivo (Constitución, ley y reglamento) que confiere una serie de atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de sus cometidos propios”.⁹² Este tema se rige por el principio de especialidad, que permite realizar de manera eficiente toda aquella acción que se refiera a sus cometidos.

b. En razón de grado o jerarquía.- Se la denomina también vertical y se halla vinculada a la jerarquía. “La organización administrativa se integra generalmente en base a una estructura piramidal, en cuya cúspide se ubica el órgano superior, constituyéndose además por un conjunto de escalones jerárquicos cuyo rango decrece a medida que se alejan del órgano superior”.⁹³ El grado se refiere, así, al lugar o la posición que cada órgano ocupa en la estructura jerárquica del ente.

c. En razón de lugar o territorio.- En esta clasificación la competencia se base en las circunscripciones territoriales, “que limitan geográficamente el campo de acción de los órganos y sujetos. Puede ocurrir que dos entidades (v.gr. provincias) tengan atribuidas idénticas competencias constitucionales respecto a la materia, pero distinta en razón del lugar”;⁹⁴ porque ninguna provincia puede ejercer las competencias que son propias de otra por estar en su territorio.

d. En razón del tiempo.- En esta última categoría la limitación se relaciona con el lapso que dure la competencia.

Guzmán Napurí también está de acuerdo con estas cuatro limitaciones cuando manifiesta que: “La competencia administrativa es la aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar, en razón del lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía y/o el tiempo”.⁹⁵ Y sobre los alcances que tienen las competencias, añade:

Por un lado, la competencia administrativa es, además de una legitimación jurídica de su actuación, un mecanismo de integración de las titularidades activas y pasivas asignadas a la actividad determinada, sean estas potestades -típica titularidad activa- o sean más bien deberes públicos y obligaciones.

Asimismo, toda entidad es competente para realizar las tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, así como para la distribución de las atribuciones que se encuentran comprendidas dentro de su competencia, distribución que es realizada entre los diversos órganos que componen a aquella.⁹⁶

⁹² Cassagne, *Derecho administrativo*, 240.

⁹³ *Ibíd.*, 241.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 214.

⁹⁶ *Ibíd.*, 214-5.

Como se ve por las opiniones de la totalidad de los autores citados, así como todas las consideraciones y puntos de vista analizados de la competencia administrativa, la que se ejerce en la Administración pública, su determinación y delimitación, es un tema bastante complejo y su accionar entraña enormes responsabilidades para los empleados públicos que las ejercen.

La responsabilidad, constituye uno de los aspectos más importantes del ejercicio de las competencias. Sobre este concepto, en el contexto de la Administración pública, Sayagués manifiesta que esta es un “deber jurídico de responder por todos los actos dolosos o culposos cometidos por acción u omisión, se deriva de la Ley”.⁹⁷ En otras palabras, el funcionario se hace cargo de los errores cometidos, asume la responsabilidad de sus actos, tengan estos carácter de acciones o de omisiones, si han perjudicado a los ciudadanos. El servidor público debe asumir unas consecuencias que se entiende ya están previstas en el ordenamiento jurídico del país.

Llevando el análisis a la responsabilidad de las competencias administrativas, dice Guzmán Napurí que las mismas se hallan delimitadas en La Constitución y la ley,⁹⁸ y tiene que ser así por el principio de legalidad, el cual expresa que un delito no está tipificado no es delito; por lo que a continuación se consignan las competencias que la Carta Magna y su ley orgánica atribuyen a la Contraloría General del Estado.

El artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador se refiere a la responsabilidad que tienen los funcionarios de la siguiente manera:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.⁹⁹

Por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado sostiene en su artículo 35 que: “Los servidores de la Contraloría General del Estado cumplirán

⁹⁷ Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, 341.

⁹⁸ Guzmán Napurí, *Tratado de la Administración pública*, 81.

⁹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 233.

obligatoriamente con el Código de Ética que expedirá el Contralor General. Las infracciones y el quebrantamiento de sus normas, originarán las responsabilidades correspondientes”.

Efectivamente, en este sentido ningún funcionario, ni los de mayor jerarquía como el propio presidente, se halla exento de que se pueda determinar responsabilidades administrativas, civiles y penales, es decir, se sancionan las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones, debiendo obligatoriamente rendir cuentas sobre ellas. Esto ocurre ya que el mismo Estado cuenta con las instituciones encargadas de la vigilancia a efectos de realizar un adecuado control, tal como el artículo 233 faculta que la Contraloría General del Estado pueda determinar los diferentes tipos de responsabilidad antes señalados.

2.1.1 Las competencias constitucionales de la Contraloría

La Carta Constitucional contiene en los artículos 211 y 212 los lineamientos respecto a las funciones y competencias de la Contraloría General del Estado. El primero define a la institución como “un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.¹⁰⁰ De esta manera, la norma suprema dictamina el ejercicio del control del uso de los dineros del erario, que es la directriz básica de este organismo. En cambio, ya sobre las tareas propiamente dichas, el siguiente artículo contiene lo que determina la Constitución como atribuciones de este ente:

Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.¹⁰¹

Al ser la Constitución el marco general dentro del que funcionan todas las instituciones públicas, estos artículos esbozan el ámbito general dentro del que se desenvuelven las actividades de la Contraloría General del Estado. El

¹⁰⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 211.

¹⁰¹ *Ibíd.*, art. 212.

funcionamiento de la misma se encuentra detallado en su ley orgánica y en los reglamentos que el titular ha elaborado de acuerdo a las necesidades de la coyuntura.

2.1.2 Las competencias de su ley orgánica

En la ley orgánica están descritas todas las competencias de la Contraloría General del Estado, aunque a continuación se revisarán solamente las más relevantes para esta investigación. Por tanto, el detalle y la especificidad de las atribuciones de la Contraloría General del Estado deben ser analizadas desde el artículo 1 de su ley orgánica, la que determina lo siguiente:

Art. 1.- Objeto de la Ley.- La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.¹⁰²

La dirección del sistema de control, fiscalización y auditoría constituye una de las funciones de mayor responsabilidad de entre las muchas que se llevan a cabo en el ámbito estatal, pues lo que vigila es el uso de los recursos públicos nada menos. La salud del erario nacional depende en gran medida de que la Contraloría realice su trabajo con eficiencia y puntualidad, es decir, no sirve de mucho saber que un político se ha llevado una cantidad elevada de dinero si este ya no vive en el país.

Es importante mencionar que este objeto determinado en la ley es de aplicación tanto interna como externa, esto es, la labor de supervisión y control la hace tanto con los otros entes estatales y los privados que contraten con el Estado como al interior de su estructura administrativa.

En el desarrollo de la actividad de los funcionarios públicos, cada una de las actividades que realizan en el desempeño laboral ha sido descrita y detallada, pero en el caso de los funcionarios de la Contraloría, el reglamento es aún más específico en lo relativo a la responsabilidad:

Art. 10.- Responsabilidades de los servidores de la Contraloría.- Los servidores de la Contraloría General, sin excepción, deberán proceder con absoluta ética y corrección, especialmente en el ejercicio del control y en la determinación de responsabilidades; se mantendrán actualizadas anualmente o cuando ordene el Contralor General, sus declaraciones patrimoniales de bienes; no actuarán cuando

¹⁰² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 1.

exista conflicto de intereses, ni solicitarán ventajas, nombramientos y otras decisiones semejantes por parte de la entidad controlada, no afectarán por negligencia, abuso de autoridad, insuficiencia de pruebas, afectos o desafectos, impericia en la profesión: a la oportunidad de las decisiones, la agilidad y eficiencia de los servicios públicos y de las obras públicas, al honor de las personas naturales y al prestigio de las personas jurídicas, al desarrollo del sector productivo privado y a la administración de la justicia.¹⁰³

Si bien un servidor público, debe actuar en el ejercicio de sus funciones con probidad y eficiencia, un funcionario de la Contraloría en cambio tiene una gran obligación debido a lo delicado de las funciones que realiza.

2.2 Análisis de las funciones de la Contraloría del General del Estado

La estudiosa ecuatoriana María Rivas considera de trascendental importancia la función controladora, puesto que cuando “los controles en el manejo de los recursos públicos están bien definidos y ejecutados, se consigue generación efectiva de riquezas”¹⁰⁴. Al ejercer estos controles, el Estado también previene el cometimiento del ilícito, debido a que el control y la supervisión lo desincentivan al enmarcar los procesos en reglamentos y formas de funcionar que implican vigilancia.

Las funciones de la Contraloría General del Estado se especifican en su ley orgánica, la que contempla en su artículo 31, citado en el numeral anterior, cuyas tareas y competencias que analizarán con mayor profundidad a continuación:

Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por si o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como en el ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL).¹⁰⁵

¹⁰³ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 119, 7 de julio de 2003, art. 10.

¹⁰⁴ María Rivas, *Función controladora del Estado ecuatoriano* (Guayaquil: Edino, 2006), 187.

¹⁰⁵ Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art.31, numeral 1.

La auditoría externa es una de las funciones de la Contraloría, pero un aspecto a tomar en cuenta es que el numeral uno ya dice que la puede contratar a otras empresas, porque es potestativo si la hace por sí misma o la contrata al sector privado.

Las atribuciones descritas en los numerales 2, 3 y 4, por otro lado, consisten en:

2. Examinar los ingresos públicos, provenientes de diferentes fuentes de financiamiento, el control de ingresos no interferirá en las facultades reglamentaria, determinadora, resolutive, sancionadora, recaudadora y otras propias de la administración tributaria; 3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos; 4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública.¹⁰⁶

Por lo que puede decirse que son las funciones clásicas de un organismo de control de las cuentas públicas. En los numerales 5 al 12 se hace referencia a cuestiones de funcionamiento interno de la institución. A partir del numeral 13 la Contraloría retoma la función de control externo de todas las entidades públicas y de las privadas que traten con el Estado.

13. Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control. La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente;

15. Actuar coordinadamente con el Ministerio Público para iniciar y proseguir los juicios penales, relacionados con delitos en el manejo de los recursos públicos. Los funcionarios actuantes de la Contraloría General del Estado que, en ejercicio indebido de sus facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.¹⁰⁷

27. Controlar la legalidad de los procesos en los cuales el Estado delegue o concesione sus facultades al sector privado, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República y la ley.¹⁰⁸

El control y la supervisión de lo legal y lo temporal a otros entes o al sector privado o a ambos es una labor meramente de inspección, pues se encuentra limitada a emitir informes sobre las conclusiones a las que llega, mas no tiene potestad para actuar en la corrección de las anomalías que detecte:

¹⁰⁶ Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art.31, numerales 2-4.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

34. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley; 36. Una vez ejecutoriada la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa, solicitar al juez correspondiente que dicte medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable, a fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos.¹⁰⁹

Estos artículos describen con precisión la función más importante que lleva a cabo la Contraloría, pues de ello depende que se cobren las glosas o la recuperación de parte o del total del dinero perdido en actos de corrupción. Se diría que en la letra de la ley la situación es ideal, no obstante, la realidad deja ver una situación distinta, de despojo de los recursos públicos y de inacción por parte de la institución llamada a controlar.

2.3 Estructura orgánica de la Contraloría General del Estado: descentralización funcional

Según el sitio web de la Contraloría General del Estado, su estructura orgánica es la siguiente:

Máximas autoridades

- Contralor General del Estado
- Subcontralor General del Estado
- Subcontralor de Gestión Interna
- Coordinación General del Despacho

También cuenta con ocho asesores, una Coordinación Nacional de Secretaría General, direcciones nacionales de Auditoría Interna Institucional; Talento Humano; Tecnología de la Información y Comunicaciones; Comunicación Institucional; Financiera, Administrativa y Servicios y de Capacitación; Planificación y Evaluación Institucional; Recursos de Revisión; Auditorías Internas; Técnica Normativa; Asuntos Éticos, Participación Ciudadana y Vinculación de Grupos de Atención Prioritaria; además de una Coordinación Nacional Jurídica y una Coordinación Nacional de Asuntos Internacionales.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

Asimismo, en su estructura cuenta con nueve direcciones nacionales de auditoría, clasificadas por temas:

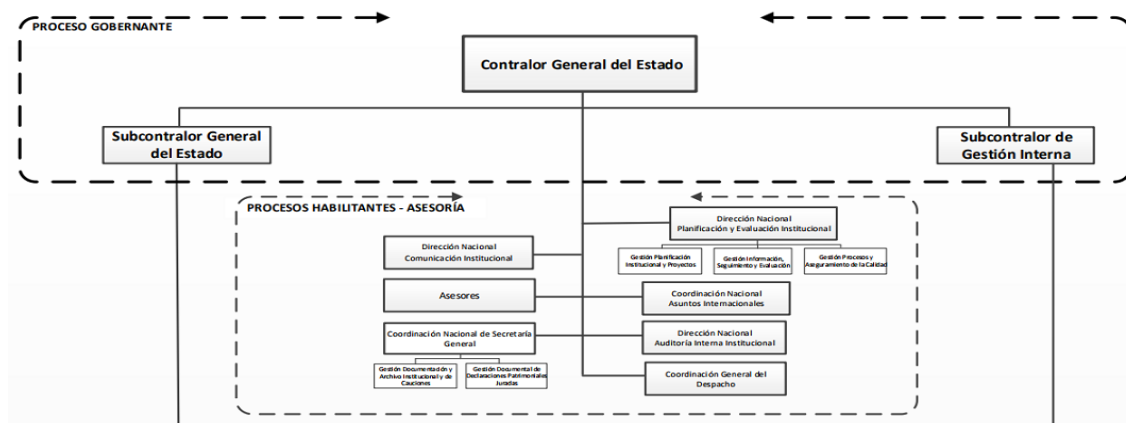
- DNA1: Dirección Nacional de Auditoría de Administración Central
- DNA2: Dirección Nacional de Auditoría de Sectores Sociales
- DNA3: Dirección Nacional de Auditoría de Deuda Pública y Finanzas
- DNA4: Dirección Nacional de Auditoría de Telecomunicaciones, Conectividad y Sectores Productivos
- DNA5: Dirección Nacional de Auditoría de Gobiernos Seccionales
- DNA6: Dirección Nacional de Auditoría de Recursos Naturales
- DNA7: Dirección Nacional de Auditoría de Salud y Seguridad Social
- DNA8: Dirección Nacional de Auditoría de Transporte, Vialidad, Infraestructura Portuaria y Aeroportuaria
- DNA9: Dirección Nacional de Control Patrimonial

Además, cuenta con una Dirección Nacional de Responsabilidades, una Dirección Nacional de Predeterminación de Responsabilidades, una Dirección Nacional de Patrocinio, Recaudación y Coactivas; a todas estas dependencias se suman las direcciones regionales y las delegaciones provinciales. Las direcciones regionales contienen a las delegaciones provinciales.

En el siguiente gráfico, se muestra el organigrama con las principales autoridades de la Contraloría General del Estado.

Gráfico 1

Organigrama de la Contraloría General del Estado



Fuente: www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=1922&tipo=docSitio
web.

Elaboración: Contraloría General del Estado.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado tiene un sistema de desconcentración funcional, territorial y delegación de autoridad. Para la realización y concreción de este objetivo, la institución cuenta con los siguientes elementos:

Art. 6.- Componentes del Sistema.- La ejecución del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado se realizará por medio de: 1.- El control interno, que es de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley; y, 2.- El control externo que comprende: a. El que compete a la Contraloría General del Estado; y, b. El que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias.¹¹⁰

El marco normativo en el que funciona el control interno son las normas que la propia Contraloría expedirá, aprobará y actualizará, denominados en el artículo 7 de esta misma ley citada en su numeral 1: “Normas de control interno que sirvan de marco básico para que las instituciones del Estado y sus servidores establezcan y pongan en funcionamiento su propio control interno”.¹¹¹ En adición, el numeral cinco del citado artículo 7 determina lo siguiente:

5.- Reglamentos, regulaciones, manuales generales y especializados, guías metodológicas, instructivos y más disposiciones necesarias para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades. En el marco de las normas, políticas, regulaciones, reglamentos, disposiciones y más instrumentos indicados, cada institución del Estado, cuando considere necesario, dictará las normas, las políticas y los manuales específicos para el control de las operaciones a su cargo. La Contraloría General del Estado verificará la pertinencia y la correcta aplicación de las mismas.¹¹²

Esto implica que es de tal dimensión la descentralización que cada institución tiene la facultad de elaborar sus propios instructivos para regular y encauzar su funcionamiento. No obstante, la Contraloría se reserva el derecho a ejercer la vigilancia y la supervisión, como es su deber, siendo importante en análisis realizado a la estructura orgánico funcional del organismo técnico de control, para conocer más a fondo los procesos internos de la institución, tanto en las regionales, como en la matriz y sus direcciones, donde actualmente se concentra los productos de la gestión interna. Estos pueden ser las predeterminaciones de responsabilidades a cargo de la Dirección Nacional de Predeterminaciones; la determinación de responsabilidades administrativas y civiles, en manos de la Dirección Nacional de Responsabilidades;

¹¹⁰ *Ibíd.*, art. 6.

¹¹¹ *Ibíd.*, art. 7.

¹¹² *Ibíd.*, art. 7, numeral 5.

en tanto que los indicios de responsabilidad penal se tramitan por medio de la Dirección de Patrocinio.

2.4 Estudio del régimen de delegación interna de la Contraloría General del Estado

La delegación de funciones en el área pública, ampliamente estudiada en el primer capítulo, no se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico nacional.

Dentro de la propia Contraloría General del Estado, la delegación de funciones no está prohibida por la Constitución ecuatoriana vigente, ni por su ley Orgánica, al contrario, la Constitución dispone en su número 3 que la Contraloría debe: “Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones”, lo que significa en la praxis que la institución puede decidir cómo va a funcionar, que quedan al libre albedrío del contralor las decisiones de su día a día, las que configuran su quehacer.

Es así como la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado contempla la delegación y la procuración; la procuración es, en la segunda de sus cinco acepciones, “Comisión o poder que alguien da a otra persona para que en su nombre haga o ejecute algo”.¹¹³ De ahí que se vincule con delegación, pues en este sentido resulta un sinónimo de delegar.

Art. 36.- Delegación y procuración.- El Contralor General podrá delegar el ejercicio de sus atribuciones y funciones a los funcionarios de la Contraloría General del Estado, que establezca el respectivo reglamento, quienes no podrán a su vez volver a delegar, sin perjuicio de emitir órdenes de trabajo. Los actos oficiales ejecutados por los delegados, tendrán la misma fuerza y efecto que los realizados por el titular. El delegado que actuare al margen de los términos e instrucciones de la delegación responderá personal y pecuniariamente, por los actos realizados en ejercicio de su delegación.¹¹⁴

Lo primero que hay que resaltar es que la Contraloría puede realizar una delegación dentro de la propia institución, en sus mismos funcionarios. Las funciones y atribuciones de esta institución, piedra angular del sistema de control de los fondos públicos, son delicadas, por la gran importancia de las tareas y, sobre todo, las decisiones que adopta este organismo técnico de control.

La delegación no solo tiene que hacerse dentro de la propia institución, además debe llevarse a cabo según lo que establezca el Reglamento dictado para tal

¹¹³ Real Academia Española de la lengua, *Diccionario de la lengua*. Consultado el 4 de marzo. <http://www.rae.es/>.

¹¹⁴ Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 36.

efecto, puesto que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 36 prohíbe la delegación de funciones que se encuentran ya ejerciéndose por un delegado. Esto impediría que las funciones se vuelvan a delegar, considerando que dicha acción conllevaría una irresponsabilidad, además del despropósito que es depositar en otro la obligación que se ha depositado en uno.

Por otra parte, un aspecto importante a tener en cuenta en el tema de la delegación es que cuando la función está delegada, la doctrina dice que el funcionario que ejerce la misma tiene una completa responsabilidad sobre sus propios actos, a pesar de lo cual la comparte en alguna medida con quien originalmente ejercía la función. Sobre esto, Gordillo sostiene que:

El delegado es enteramente responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada; también lo es en principio el delegante, aunque podría quizás apuntarse una posible distinción y limitarla a la responsabilidad *in eligendo e in vigilando*. Ello, salvo que el delegado haya actuado por instrucciones escritas u órdenes verbales del delegante, caso en el cual la responsabilidad de éste es plena. Esto no significa, desde luego, que los particulares puedan obedecer órdenes o amenazas verbales o telefónicas de los funcionarios, pues no existe relación jerárquica alguna entre ellos, solamente se admite la orden verbal en pequeños casos de tránsito, p. ej.¹¹⁵

Es decir, la responsabilidad sobre sus propios actos de un funcionario en el ejercicio de una delegación depende de la normativa interna de cada función pública.

Por otro lado, la delegación de funciones dentro de la Contraloría General del Estado, nace por la disposición de desconcentración que hace la ley orgánica, término que el Diccionario de la lengua española lo define como “Repartir entre varios algo que está concentrado en un lugar o que es responsabilidad de una persona”.¹¹⁶ Podría agregarse que es compartir entre pocos o muchos lo que tenía uno solo.

En lo que se refiere a delegar las funciones y atribuciones, el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos Sustitutivo de la Contraloría General del Estado, en su artículo 8, literal h dice: “h) delegar el ejercicio de las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico a los servidores de la institución cuando lo considere conveniente”.¹¹⁷

¹¹⁵ *Ibíd.*, XII-19.

¹¹⁶ Real Academia Española de la lengua, *Diccionario de la lengua*. Consultado el 4 de marzo. <http://www.rae.es/>.

¹¹⁷ Ecuador, *Acuerdo 031-CG.2015*, Registro Oficial 461, de 18 de enero de 2016.

Ahora bien, un tema relevante es la competencia del funcionario delegado, debemos considerar que el momento en que se produce la delegación, las competencias se transfieren por un tiempo determinado o una condición específica al funcionario jerárquico inferior, en tal sentido quien ejerce las funciones, es la persona responsable los actos jurídicos realizados en el ejercicio de la delegación, por lo tanto, en el caso de estudio de la presente investigación (Acuerdo 11 CG-2016), los funcionarios delegados para la suscripción de los actos administrativos, jurídicamente son los competentes para el efecto y por lo tanto, inclusive tal como lo determina el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “Los actos oficiales ejecutados por los delegados, tendrán la misma fuerza y efecto que los realizados por el titular...”¹¹⁸, por lo tanto, las acciones u omisiones en las que puedan incurrir y que generen responsabilidades, deberán recaer sobre ellos, tal como lo establece el citado artículo, por lo tanto, los actos administrativos son plenamente válidos al ser emitidos por autoridad competente, sin embargo mucho se ha debatido si al tratarse de competencias privativas del Contralor General del Estado, son competentes los funcionarios jerárquicos inferiores para emitir actos administrativos, desde la posición jurídica podría manifestarse que si, efectivamente son competentes, por cuanto no existe una normativa legal que regule que competencias pueden o no delegarse, la normativa que hemos estudiado a lo largo de esta investigación es de un espectro amplio, al señalar que se pueden delegar todas las competencias a excepción de las que se encuentren prohibidas por la Constitución y la Ley, en este sentido, ninguno de los dos cuerpos normativos refieren prohibición de delegar competencias privativas, por lo cual es legalmente valida la delegación realizada.

2.5 Análisis comparado del régimen de delegación de funciones Contraloría General de la República de Chile.

La razón de tomar a la Contraloría de la República de Chile, para realizar el análisis comparativo, con el Organismo Técnico de Control de Ecuador, es la similitud de legislación entre las dos naciones, la ecuatoriana y la chilena, tradicionalmente la normativa chilena ha servido de base para la creación de normativa legal en Ecuador, es de ahí que nace la interrogante de conocer, la forma

¹¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 36.

en la que se maneja el control gubernamental y la emisión de los actos administrativos en estas dos naciones.

La institución controladora del uso de los recursos públicos que hacen las entidades públicas y las privadas relacionadas con entes estatales no recibe el mismo nombre en todos los países, ni tampoco realiza las mismas funciones en todas partes. De hecho, en Europa, la figura de la entidad estatal que revisa las cuentas de las instituciones públicas y puede definir responsabilidades penales es el tribunal de cuentas. Como se puede observar, la propia Unión Europea, como organismo que representa los valores del conjunto, tiene un tribunal de cuentas.

2.5.1 Breve reseña de la Contraloría General de la República de Chile

La Contraloría General de la República de Chile es una entidad cuya existencia data de 1927, cuando se dictó el “DFL 400 bis que la creó y refundió en ella cuatro reparticiones existentes en la época: Tribunal de Cuentas, Dirección General de Contabilidad, Sección de Bienes Nacionales y Dirección General de Estadísticas”.¹¹⁹ DFL corresponde a las siglas de decreto con fuerza de ley. La Contraloría, según la Carta Magna chilena, responde a la estructuración de un ente de control, tal como explica el siguiente artículo es:

Artículo 87. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

Las atribuciones de la institución contralora chilena se pueden dividir en cinco funciones o apartados, que son:

1. Función Jurídica
2. Función Auditoría
3. Función de Control del Personal de la Administración del Estado
4. Función de Contabilidad General de la Nación
5. Función de Juzgamiento de Cuentas

A continuación, brevemente se revisará cada una de estas funciones.

¹¹⁹ Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República, 85 años: 1927-1912* (Santiago: Contraloría General de la República, 2011), VII.

Función Jurídica.- Las tareas que lleva a cabo la función jurídica consisten en velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado, lo que hace mediante un control previo de sus actos, así como también al pronunciarse respecto de la interpretación y aplicación de las normas.¹²⁰

Función Auditoría.- La norma suprema chilena determina que a la Contraloría General de la República le corresponde fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos públicos, del fisco, de las municipalidades y de las otras entidades que establezcan las leyes; además de “examinar y juzgar las cuentas de quienes tengan a su cargo fondos o bienes de esas entidades y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.¹²¹

Función de Control de Personal de la Administración del Estado.- Esta función se materializa mediante la realización de procedimientos de control preventivo, como el trámite de Toma de Razón, que tiene por objetivo “verificar la constitucionalidad y la legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante este órgano de control, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República

Función de Contabilidad General de la Nación.- En cuanto a la función de control contable de la Contraloría General de la República, esta se encuentra determinada en el artículo 98 de la norma suprema chilena. Y para el desempeño de la misma, la Contraloría General ha instituido tres áreas, que son:

- a) Gestión de la información contable: recopilar, registrar y procesar la información que generan los hechos económicos de las entidades públicas que se encuentran en la cobertura del Sistema de Contabilidad General de la Nación
- b) Función normativa contable: dictar las normas y procedimientos técnicos propios de la disciplina contable para su aplicación por parte de la Administración del Estado.
- c) Asistencia y cooperación: atender y asesorar a las entidades públicas y/o usuarios, en cuanto a la aplicación de la contabilidad pública y la Administración Financiera del Estado.¹²²

Adicionalmente, la Constitución chilena el artículo 98 concede a la Contraloría la función de juzgar las cuentas de las personas encargadas de bienes de las entidades que fiscalizan. El proceso denominado juicio de cuentas tiene como fin establecer la

¹²⁰ Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República*, 3.

¹²¹ *Ibíd.*, 15.

¹²² *Ibíd.*, 47.

“responsabilidad civil extracontractual de aquellos funcionarios o exfuncionarios públicos por toda pérdida o deterioro que se produzca a consecuencia de una conducta culpable o dolosa en el manejo y administración de los fondos públicos o de los bienes fiscales que tengan a su cargo”¹²³. Este procedimiento se ventila por la vía contenciosa, de doble instancia.

2.5.2 Régimen de delegación de funciones de la Contraloría General de la República de Chile

La Constitución Política de la República de Chile determina en su artículo 88 que: “En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional”.¹²⁴ Asimismo, es un hecho conocido que para la delegación pueda ser posible, debe constar como permitida en su ordenamiento jurídico administrativo. La normativa chilena contempla la delegación en su Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, conocida como Ley No. 18.575:

Artículo 41.- El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes:

- a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;
- b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;
- c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;
- d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización, y
- e) La delegación será esencialmente revocable.

El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación.

Podrá, igualmente, delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada.¹²⁵

En el literal a), la normativa chilena también dice que: “La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas”; mientras que en el artículo 36 de la ley orgánica de la materia en el Ecuador expresa que podrá delegar “el ejercicio de sus atribuciones y funciones a los funcionarios de la Contraloría General del Estado, que

¹²³ *Ibíd.*, 55. (Congreso Nacional 1980)

¹²⁴ Chile, *Constitución de la República de Chile*, Diario Oficial de 24 de octubre de 1980.

¹²⁵ Chile, *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (Ley No. 18.575), Diario Oficial de 12 de noviembre de 1986, art. 41.

establezca el respectivo reglamento”.¹²⁶ Además, su reglamento determina en el artículo 66 que: “La Contraloría General cumplirá con lo dispuesto en su Ley Orgánica y desconcentrará, dentro de la matriz, y de esta a las direcciones regionales y delegaciones provinciales los aspectos administrativos y financieros de la institución”.¹²⁷ Como queda visto, en Ecuador se deja abierta la puerta a delegar el cargo, además de las funciones y atribuciones. Mientras, la ley orgánica chilena de la materia, es taxativa al establecer que la delegación deberá ser parcial y solo en ciertas materias.

Asimismo, el literal b dice que “Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes”, para lo cual, el artículo 66 citado arriba con anterioridad, expresa que podrá hacer la delegación a los funcionarios, pero no menciona si se podrá traer funcionarios de otras delegaciones, o si es obligatorio que sea de la misma. Por ello, de cierta forma coincide con la normativa chilena, aunque la norma ecuatoriana carece de la claridad y especificidad de la chilena. Sobre esta temática, el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos Sustitutivo de la Contraloría General del Estado, en su artículo 8, literal h manifiesta que “delegar el ejercicio de las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico a los servidores de la institución cuando lo considere conveniente”.¹²⁸ Es decir, una vez más, aquí hay una imprecisión al no mencionar, como en la ley orgánica chilena, si es o no de la misma dependencia.¹²⁹

En cuando al literal c, este determina que “El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda”; en la forma ecuatoriana de hacer esto, el Reglamento de Administración del Talento Humano de la Contraloría, citado completo en páginas anteriores, dice en su artículo 52 que el Contralor podrá hacer los trasposos solamente previo informe técnico.

En la norma chilena, el literal d) se refiere a: “La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización”. En otras palabras, en cuanto a responsabilidad, el delegado adquiere un gran

¹²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 36.

¹²⁷ Ecuador, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 66.

¹²⁸ Ecuador, *Acuerdo 031-CG.2015*, Registro Oficial 461, 18 de enero de 2016.

¹²⁹ Chile. *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Diario Oficial, 12 de noviembre de 1986

compromiso, pues según explica el segundo párrafo del ya citado artículo 36 de su ley orgánica: “El delegado que actuare al margen de los términos e instrucciones de la delegación responderá personal y pecuniariamente, por los actos realizados en ejercicio de su delegación”¹³⁰. Por último, en la norma chilena, el literal e) menciona de la delegación que esta será “esencialmente revocable”.

De lo analizado en estos últimos párrafos, se colige que el régimen de delegación interna en la Contraloría General de la República de Chile se concreta bajo unos parámetros definidos y específicos, que prevén todos los casos y las formas en los que esta puede darse. No se deja nada al azar, a diferencia de lo que ocurre en Ecuador, donde la normativa no describe con detalle y especificidad la manera en que se lleva a cabo la delegación.

Es importante mencionar que en Chile el régimen de delegación interna funciona de manera vertical, es decir, los contralores regionales asumen las tareas que les delega directamente el contralor nacional, tal y como dice el párrafo último del artículo quinto de su ley orgánica: “Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio”.¹³¹ En Ecuador no existe una función de contralor regional, y las funciones no son las que decide el titular de la Contraloría, sino que ya están determinadas en su ley orgánica.

2.5.3 Comparación de la delegación chilena con la ecuatoriana

Al igual que en Ecuador, las competencias y tareas de la función contralora chilena se encuentran delineadas de manera general en la Constitución y en algunos otros cuerpos normativos de rango inferior a esta y, por supuesto, en su propia ley orgánica, como se ya ha citado con anterioridad. Por esto, se realiza a continuación un análisis comparativo de las atribuciones de la Contraloría y su titular, en forma general para centrar el estudio en la delegación de funciones.

En el caso chileno, La ley orgánica de la Contraloría, conocida como ley 10336, dice en su artículo quinto:

El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten.

¹³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 36.

¹³¹ Chile, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, en Diario Oficial de 10 de julio de 1964, art. 5.

El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva.

En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.

Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio¹³².

En Ecuador las competencias del titular de la Contraloría General del Estado también se encuentran especificadas en la ley orgánica de la institución, la cual, sobre las tareas inherentes al cargo, determina que:

Art. 35.- De la estructura orgánico funcional y del personal.- El Contralor General expedirá y mantendrá actualizado el Reglamento Orgánico Funcional, que contendrá la estructura administrativa y las funciones de las respectivas unidades para el cumplimiento de los fines y objetivos de la Contraloría General. El Contralor General, establecerá el sistema de mérito y carrera administrativa en la Institución, nombrará, removerá y destituirá a sus servidores de acuerdo con la ley. Serán de libre nombramiento y remoción: el Subcontralor, los Secretarios General y Particulares, Coordinadores, Asesores, Directores Nacionales y Regionales y Delegados Provinciales. Los servidores de la Contraloría General del Estado cumplirán obligatoriamente con el Código de Ética que expedirá el Contralor General. Las infracciones y el quebrantamiento de sus normas, originarán las responsabilidades correspondientes. Los traslados administrativos, que decida el Contralor General, responderán a necesidades de servicio. El personal de la Contraloría General del Estado, en el ejercicio de sus funciones, mantendrá reserva de los asuntos que conoce y observarán la ética profesional. La observancia del Código de Ética Profesional del Auditor Gubernamental, expedido por el Contralor General, será obligatoria para todo el personal de auditoría, el de las unidades de Auditoría Interna y de las firmas privadas contratadas.¹³³

Como puede verse, el artículo quinto de la ley chilena le concede al titular la facultad para emitir resoluciones sobre asuntos que él considere de su competencia, a su libre arbitrio, y dictar las resoluciones que definen los deberes del personal de la Contraloría y la forma cómo funcionan los distintos departamentos. En cambio, en la normativa ecuatoriana, el contralor es quien expide el reglamento que crea la propia estructura administrativa, es decir, mantiene o crea los cargos, las funciones y quién decide los cambios de destino o de labores de un funcionario. En consecuencia, hay una cierta coincidencia en las atribuciones de los titulares del ente estudiado.

De manera adicional, es necesario puntualizar que la norma chilena personaliza las atribuciones en el cargo, del que se desprende que podrá tomar las decisiones que considere convenientes para manejar su institución y que lo hace

¹³² Chile, *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, art. 5.

¹³³ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 35.

mediante resoluciones y dictámenes. Por su parte, la ley homóloga ecuatoriana hace recaer sobre la institución las tareas de sus atribuciones, las que se detallaron en numerales anteriores y se hallan en el artículo 31.

De lo mencionado, se colige que sí hay una cierta correspondencia entre ambos cuerpos normativos, a pesar de que la sociedad chilena es distinta de la ecuatoriana, ya que se encuentra en otro nivel de desarrollo social.

Artículo 7°. El Contralor General tendrá competencia exclusiva en la investigación, examen, revisión y determinación de todos los créditos y deudas del Fisco; en el examen y juzgamiento de todas las cuentas de los empleados que custodien, administren, recauden o inviertan rentas, fondos o bienes fiscales, municipales y de la Beneficencia Pública, o de toda persona o entidad que deba rendir sus cuentas a la Contraloría o que esté sometida a su fiscalización.

Los funcionarios o entidades que, sin recibir o percibir directamente rentas, fondos o bienes de los mencionados en el inciso anterior, tuvieren, sin embargo, intervención en el oportuno ingreso de estos valores en Tesorería o en la debida incorporación de esos bienes en los inventarios, deberán dar cuenta a la Contraloría de todos los roles que al efecto confeccionen o de todas las órdenes que expidan.¹³⁴

En cuanto a este articulado, en la ley orgánica ecuatoriana no está redactado de esta manera, pero las atribuciones, que se encuentran en numerales 29 y 30 del citado artículo 31, podrían considerarse como similares, al señalar que deben: “29. Auditar todo financiamiento internacional otorgado a favor de las instituciones del Estado (...). 30. Pronunciarse sobre los aspectos de legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia (...)”.¹³⁵ A lo que se añade el siguiente artículo:

Artículo 8°. Las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad.

Para practicar los actos de instrucción necesarios dentro de las investigaciones que ordene, el Contralor podrá, por sí o por intermedio de los inspectores o delegados, solicitar el auxilio de la fuerza pública, la cual será prestada por la autoridad administrativa correspondiente en la misma forma que a los Tribunales Ordinarios de Justicia.¹³⁶

Asimismo, el artículo 49 de la ley pertinente dice que: “Las decisiones que impusieren sanción de destitución, de acuerdo con este Capítulo son definitivas en la vía administrativa; pero podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de treinta días contado desde el día siguiente al de la

¹³⁴ Chile, *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, art. 7.

¹³⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 31, numerales 29 y 30.

¹³⁶ Chile, *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, art. 8.

notificación con la decisión de la sanción”.¹³⁷ De igual forma, es necesario apuntar que en casos de resoluciones de glosas es procedente el recurso de revisión establecido en el artículo 60 del citado cuerpo legal, dejando fuera de la interposición de este recurso a las órdenes de reintegro, por su naturaleza jurídica.

Con todo, el administrado podrá presentar el recurso en la vía contencioso administrativa, diferenciándose en este aspecto de los recursos planteados por la Ley Chilena, puesto que en dicha contraloría se establece un juicio de cuentas que es resuelto por el Subcontralor General. De haber inconformidad en lo resuelto en el fallo de primera instancia, se puede presentar recurso de apelación y quien tiene que resolver en segunda instancia es el Contralor General, de cuya decisión no existe recurso alguno, teniendo fuerza ejecutiva para el cobro judicial de los correspondientes créditos, de conformidad con lo que se establece en los artículos 21 y 110 de la citada ley.

A manera de conclusión, podemos señalar que existen varias diferencias entre las dos instituciones, no solo en su estructura orgánico funcional, sino también en cuanto a los procedimientos de juzgamiento tanto de las acciones u omisiones que conducen al establecimiento de los diferentes tipos de responsabilidades, como de la interposición de recursos. Además, puede observarse que las funciones tanto de Contralor General del Estado en el caso de Ecuador, como de Contralor General en el caso Chileno, se encuentran claramente definidas, siendo más amplias las ecuatorianas.

2.5.4 La delegación de firma en ambas naciones

La delegación de firma no es considerada por algunos doctrinarios, como una delegación de funciones, pues lo único que se encarga es la acción de firmar en nombre del funcionario jerárquico ausente, y este encargo encuadrado en una resolución que especifica en qué casos puede el funcionario delegado hacer esta suscripción. Al respecto, el jurista español Manteca Valdelande expresa que:

La delegación de firma en el derecho administrativo español no constituye una delegación de funciones en sentido estricto, pues, en aquella, no hay transferencia del ejercicio de la competencia, sino que lo único que se transfiere es la materialidad de la firma y la resolución se adopta en la práctica habitual de la Administración Pública de forma verbal por el titular de la competencia”.¹³⁸

Entonces, se trata de un encargo de menor importancia, que además se realiza bajo la normativa pertinente, pues ningún funcionario puede arrogarse la capacidad

¹³⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado*, art. 37

¹³⁸ Víctor Manteca Valdelande, “La delegación de firma en las administraciones públicas”, *Revista Actualidad Administrativa*, n. ° 7, del 1 al 15 Abr. 2009, pág. 845.

de firmar sin haber sido autorizado para ello. Ello es completamente coherente, pues la decisión de delegar una tarea concreta o una competencia a un subalterno que adopta un superior jerárquico, se realiza en unas circunstancias por demás justificadas. Y siempre con el ánimo de descongestionar a un departamento de los trámites que ralentizan el funcionamiento de la actividad burocrática, como se puede apreciar en la delegación de firma que se hizo en abril de 2015, por parte de la Contraloría de Chile, cuando resolvió delegar esta acción en siete funcionarios de una de sus divisiones, debido a “La necesidad de agilizar el despacho de determinados asuntos cuyo estudio le corresponde a la División de Municipalidades”.¹³⁹ Con esta delegación, concedió a esos cargos la potestad de firmar en nombre del Contralor mediante la fórmula “por orden del Contralor General” asuntos de menor importancia, como pueden ser los relacionados con las tareas internas y rutinarias de tres jefes de departamentos:

Artículo 1º.- Delégase en las personas que ejerzan los cargos que a continuación se indican, la facultad de firmar "por orden del Contralor General", los asuntos que en cada caso se señalan:

1. Jefe de División de Municipalidades:

e. Oficios conductores de informes de auditoría, emitidos respecto de municipalidades de la Región Metropolitana.

f. Oficios de seguimiento de pronunciamientos jurídicos y atención de referencias de auditoría y los que atienden respuestas a informes de seguimiento.

g. Oficios de control externo, relativos a reclamos y denuncias que afecten a municipalidades de la Región Metropolitana, cuando no han dado origen a un informe de investigación especial y sus transcripciones.¹⁴⁰

Como puede verse, ninguna de estas tareas requiere de la presencia del titular de la Contraloría por ser cuestiones rutinarias que puede (y debe) realizar el funcionario que lleva la jefatura en ese departamento, pues no implica más que unas decisiones rutinarias, y el delegar la firma, en efecto, agiliza los trámites, hace a la burocracia menos lenta, y más eficiente en la atención de sus responsabilidades con los ciudadanos.

Por otro lado, la Contraloría ecuatoriana tiene un departamento que realiza funciones similares, pero menos amplias a las que lleva cabo la División de Municipalidades en la institución homóloga chilena que, de acuerdo a su sitio web:

¹³⁹ Contraloría General de la República, Santiago, 9 de abril de 2015, Resolución Exenta 01975.

¹⁴⁰ Contraloría General de la República, Santiago, 9 de abril de 2015, Resolución Exenta 01975.

Su finalidad es velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico relativo a los actos y a la actividad de la administración municipal. Además, está atenta al respeto del principio de la probidad administrativa y el resguardo del patrimonio de las entidades edilicias.

Además, realiza auditorías según los programas nacionales de fiscalización, examina las cuentas de las municipalidades, los bienes o fondos municipales que las personas administran y las subvenciones y/o aportes que los municipios otorgan. Igualmente, lleva un registro computacional actualizado de los funcionarios municipales y de las personas contratadas a honorarios por tales entidades.¹⁴¹

En este sentido, el organigrama es distinto al de la Contraloría chilena. A la luz de estos datos, se puede observar que la actividad de control que realiza respecto del uso de los fondos es más exhaustiva que en el Ecuador.

Continuando con el análisis de la delegación de firma, la Contraloría de Chile en diciembre de 2015, en la Resolución n. ° 151, resolvió delegar en el Subcontralor la delegación de firmas en los siguientes casos:

1. - Delégase a contar del 28 de diciembre de 2015, en el Subcontratar General, la facultad de firmar bajo la fórmula "Por orden del Contralor General" los siguientes actos o documentos
 - a. Los oficios, resoluciones, dictámenes, y otros documentos, debidamente visados, que emanen del Área Jurídica de la División de Personal de la Administración del Estado.
 - b. Las resoluciones sobre condonaciones y/o facilidades de pago, que elabora la Unidad de Control de Remuneraciones dependiente de la División de Personal de la Administración del Estado.¹⁴²

En Ecuador, la delegación de firma se adoptó por medio del Reglamento de Delegación de Competencias para la Suscripción de Documentos de la Contraloría General del Estado en el Ámbito de Control, mediante acuerdo 011- CG – 2016, expedido por el entonces Contralor General del Estado, Dr. Carlos Pólit Faggioni, en la actualidad, dicho acuerdo en la actualidad se encuentra derogado, encontrándose vigente el acuerdo 023-CG-2017, en el período del Dr. Pablo Celi de la Torre, en calidad de Contralor General del Estado (s), sin embargo para efectos de este trabajo de investigación se desarrolla un análisis del acuerdo 011-CG-2016, pues con la vigencia de dicho acuerdo, la Contraloría General del Estado, pasa a tener muy bien definida la delegación de firmas de los actos administrativos más importantes de esta institución estando delegados al Subcontralor General, al Director de Responsabilidades, y al Director de Recursos de Revisión, eran muy pocos los

¹⁴¹ Contraloría General de la República, “División de Municipalidades” (2017), párr. 1, <https://www.contraloria.cl/web/cgr/funciones-y-atribuciones/division-de-municipalidades>.

¹⁴² Chile, Contraloría General de la República, Resolución 151, 23 de diciembre de 2015.

suscritos por el Contralor General del Estado de ese entonces, despojándose de sus competencias constitucionales y quedándose solamente con actividades administrativas de la institución, cuando al Subcontralor General del Estado le correspondía suscribir:

- b) Las comunicaciones que deban cursarse a la segunda máxima autoridad de las entidades del sector público con ámbito nacional, así como las dirigidas a las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados: regionales, provinciales y cantonales;
- c) La aprobación de los informes de auditoría y exámenes especiales generados por las direcciones de auditoría de la matriz y por compañías privadas de auditoría contratadas; excepto aquellos cuya competencia le corresponde al Contralor/a General del Estado;
- d) Los oficios individuales de predeterminación de responsabilidades administrativas culposas que establezcan sanción de destitución cuando proceda en contra de: las autoridades contenidas en la letra a) del artículo 1 de este reglamento, la segunda máxima autoridad de las entidades del sector público con ámbito nacional y las autoridades elegidas por votación popular con ámbito regional, provincial y cantonal; y sus correspondientes resoluciones;
- e) Los oficios individuales de predeterminación de responsabilidades civiles culposas vía glosas por valores superiores a 150 salarios básicos unificados del trabajador en general, inclusive aquellas dirigidas a las autoridades comprendidas en la letra a) del artículo 1 de este reglamento; y sus correspondientes resoluciones;
- f) Las resoluciones sobre responsabilidades administrativas culposas que establezcan sanción de multa en contra de las autoridades contenidas en la letra a) del artículo 1 de este reglamento.
- g) Las órdenes de reintegro por valores superiores a 150 salarios básicos unificados del trabajador en general, inclusive aquellas dirigidas a las autoridades comprendidas en la letra a) del artículo 1 de este reglamento, y sus correspondientes resoluciones;
- l) Los demás que de acuerdo a su competencia le sean expresamente delegados.

Como se puede observar, aquí hay una diferencia en la forma de plantearse. Mientras en la normativa chilena se trata de una delegación de firma, aquí podría decirse que no es exactamente eso, pues el Reglamento de suscripción de firma señala que el Subcontralor pasa a firmar en adelante los documentos en los casos que detalla tan ampliamente el segundo artículo.

Por otro lado, las actividades en las que firma el Subcontralor chileno son tareas administrativas que -efectivamente- descongestionan la tramitología del ente. Este no es el caso en la suscripción de firma de la institución nacional. En principio, los casos en los que se faculta a firmar en la norma chilena son 6, mientras que en la Contraloría General del Estado de Ecuador son 11 documentos, de los cuales 4 tienen una relevancia trascendental, pues se trata de actos administrativos que generan efectos jurídicos sobre los administrados, como es el caso de los oficios de predeterminación, las resoluciones sobre responsabilidades administrativas, órdenes

de reintegro y glosas. Entonces, se puede afirmar que es muy amplio en cuanto a la delegación, pues de la simple lectura del articulado antes señalado, se deduce que se le concede más responsabilidades que en la delegación chilena.

La delegación de firma en la Contraloría chilena no terminó su evolución con la resolución de 2015, sino que avanzó un paso más en la delegación al siguiente año, cuando en enero de 2016 la Contraloría General de la República emite la Resolución Exenta 01, en la que se trata de trámites burocráticos administrativos rutinarios donde, al delegar la firma, el contralor está quitándose de la agenda asuntos de menor importancia para dedicar su tiempo y su atención a los múltiples y complejos temas de la dirección de una institución de la magnitud que tiene una contraloría.

Por otro lado, si bien el Subcontralor General de Chile es quien hace un juicio de cuentas tendiente al establecimiento de responsabilidades, la normativa chilena se concentra en sus dos figuras trascendentales como el Contralor de la República y el Subcontralor, para los actos administrativos y recursos más importantes que pueden interponer los administrados. Su responsabilidad recae sobre dos autoridades, tanto en la primera instancia como en la apelación, a diferencia de Ecuador, donde el Reglamento de Delegación de Competencias para la Suscripción de Documentos de la Contraloría General del Estado en el ámbito del Control, era demasiado amplio en cuanto a la suscripción de actos administrativos que deben corresponder a la máxima autoridad, en virtud de que el administrado pueda posteriormente plantear de forma efectiva un recurso en la vía contencioso administrativa, así como la seguridad jurídica, y pudiendo también responsabilizar a las máximas autoridades de las posibles vulneraciones de derechos que pudieran presentarse.

En este aspecto, se debe considerar que el Reglamento de Delegación de Competencias para la suscripción de documentos es muy extenso, en el sentido de que la máxima autoridad de la institución otorgaba casi todas las competencias a sus subalternos. Por lo tanto, si bien es cierto en la parte inicial del análisis de la delegación de firmas se considera por parte de una parte de la doctrina que no es una delegación propiamente dicha, hay que considerar que en el caso de la Contraloría General del Estado, la suscripción no se da sobre documentos sin relevancia. En el caso de la Contraloría se habla de la predeterminación y determinación de responsabilidades, así como recursos de revisión que, primero constituyen el producto final de los procesos de auditoría y, segundo, son actos administrativos que

causan efectos jurídicos sobre los administrados que han sido sancionados, destituidos o se les ha impuesto glosas u órdenes de reintegro.

Si bien, la delegación se utiliza para agilizar los procesos internos dentro de las administraciones, en el Ecuador se ha abusado de la figura jurídica de la delegación con la intención de tratar de salvar responsabilidades, alegando que las competencias han sido delegadas y que es el delegado quien debe hacerse cargo de las responsabilidades. El Reglamento del que versa el presente estudio es un claro ejemplo.

Las competencias del Contralor General del Estado, se encuentran establecidas en el Estatuto Orgánico de la Contraloría General del Estado, y son cuestiones administrativas propias del manejo de una institución, por otro lado, también son constitucionales en cuanto a la determinación de responsabilidades administrativas civiles e indicios de responsabilidad, producto de los exámenes especiales a los recursos públicos.

En este sentido, el Reglamento de Delegación para la suscripción de documentos establece que el Contralor General del Estado suscribía los documentos (no se trata ni de predeterminaciones ni de resoluciones de responsabilidades) dirigidos a las máximas autoridades, tanto de las instituciones que comprenden el sector público como las empresas públicas, así como la aprobación de informes y exámenes especiales dirigidos a las autoridades antes señaladas. Por lo tanto solamente tenía las competencias administrativas y la suscripción solamente de lo señalado, mientras todo lo demás fue delegado a sus subalternos, como son el Subcontralor General del Estado, Director de Responsabilidades, Director de Patrocinio y Director de Recursos de revisión.

En el caso del Subcontralor General del Estado, se encargaba de suscribir los oficios de predeterminación y determinación de responsabilidades administrativas (incluida destitución), civiles de las máximas autoridades de las instituciones públicas, empresas públicas y autoridades de elección popular. De esto se evidencia que el Contralor General del Estado delegó su competencia para suscribir los actos administrativos de las autoridades antes señaladas. Adicionalmente, suscribía predeterminación de responsabilidades civiles superiores a 150 salarios básicos unificados.

El Director de Responsabilidades tenía la responsabilidad de la suscripción de las sanciones administrativas (incluida destitución), así como responsabilidades

civiles que no correspondan al Subcontralor General del Estado. Nuevamente, se puede evidenciar que a lo largo de los artículos 2 y 9 del Reglamento de delegación de competencias para la suscripción de documentos, se hace una excesiva delegación, pues como se recalca, el Contralor General del Estado, mantiene solamente funciones de carácter administrativo, salvo la aprobación de exámenes especiales dirigidos a las autoridades antes mencionadas.

Según el artículo 10 del Reglamento de Delegación de competencias para la suscripción de documentos, el Director de Recursos de revisión era el encargado de la concesión o negativa del recurso de revisión, las resoluciones de los recursos de responsabilidades administrativas (incluida destitución), y las responsabilidades civiles (glosas). La delegación realizada al Director de Recursos de Revisión en el artículo 10 del señalado reglamento, anula el principio de jerarquía que debe existir, en tanto es la máxima autoridad la llamada a realizar el respectivo análisis del acto administrativo, tal como lo señala los artículos 178 del ERJAFE y 61 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En el presente caso se trata de dos dependencias de igual jerarquía, tal como se puede observar en la estructura orgánica funcional de la Contraloría General del Estado, al ser la Dirección de Responsabilidades la que emite las correspondientes resoluciones, y ser la Dirección de Recursos de Revisión quienes conceden o niegan el recurso.

Finalmente, si bien el citado reglamento no realiza una delegación de los indicios de responsabilidad penal, el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado deja abierta la posibilidad de realizarlo, pues se establece que luego del hallazgo de indicios de responsabilidad penal, el equipo auditor, previa autorización, enviará los indicios al Contralor General del Estado o su delegado para la correspondiente aprobación.

Ahora bien, como se ha analizado, existió una delegación de competencias de suscripción de documentos, de una gran amplitud que dejaba en manos de subalternos toda la responsabilidad en cuanto a la suscripción de actos administrativos de importancia, no solo por ser el producto final de los exámenes de auditoría en el análisis de la utilización de recursos, sino también por los efectos jurídicos que generan en los administrados. Por ejemplo, en casos de destitución, cuando el servidor que ha sido sancionado pierde su fuente de empleo y queda registrado con inhabilidad para ser servidor público dentro del sistema del Ministerio

del Trabajo. En el caso de responsabilidades civiles existe una afectación patrimonial a los administrados con la resolución confirmatoria de este tipo de responsabilidad.

Es necesario establecer límites a la delegación dentro de la Contraloría General del Estado, por cuanto es necesario que la máxima autoridad de una de las instituciones más importantes del país, y la única que realiza control de recursos públicos, no delegue sus competencias más importantes, con el objetivo de no asumir las correspondientes responsabilidades provenientes de los diferentes actos administrativos emanados por la institución. Si bien es cierto la delegación permite la agilización de trámites administrativos, es necesario que el régimen de delegación sea restringido a competencias que no tengan una gran relevancia (cuestiones de índole administrativo), para evitar justamente un uso excesivo de la delegación, tomando en cuenta que los actos realizados por el delegado tienen la misma validez jurídica que si fueran realizados por el titular, pues tienen los mismos efectos jurídicos. A mi parecer, sin embargo, el grado de responsabilidades al que responden son diferentes entre delegante y delegado.

En cuanto a responsabilidades, se puede afirmar que, si bien todos los funcionarios públicos son sujetos de responsabilidad de conformidad con el artículo 233 de la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su art. 36 explica que el delegado responde por el ejercicio de su delegación. En este sentido, si el Contralor General del Estado delega casi todas sus funciones, el delegado se hace responsable de las decisiones tomadas en el ejercicio de esa delegación, mientras que la máxima autoridad solo respondería por el control interno de las actuaciones de sus delegados, pues no ejerce sus competencias en cuanto a la determinación de responsabilidades. Por lo tanto, no podría aplicarse el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría, que establece: “Las autoridades, funcionarios y servidores de la Contraloría General del Estado que, en ejercicio indebido de sus facultades de control y de determinación de responsabilidades, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.”¹⁴³

De lo que se concluye, que dentro de la Contraloría General del Estado, existió una extralimitación de la facultad de delegar la competencia de suscripción de documentos, por cuanto, si bien en la norma constitucional y legal no se establecen

¹⁴³ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 86.

un límite o cuales son las funciones que se pueden delegar, no es correcto que una autoridad de la relevancia del Contralor General del Estado, se despoje de sus competencias constitucionales, para dedicarse solamente a actividades administrativas de menor relevancia; el control de los recursos públicos, es una actividad medular para el combate de la corrupción, es la posibilidad del Estado de recuperar recursos económicos, que pertenecen a todos los ciudadanos y que sirven para mejorar las condiciones de vida de la población; resultando infructuoso un funcionario que estaba incumpliendo sus funciones constitucionales y que era meramente un administrador, cuando en el país se producían actos de corrupción de los que nos enterábamos posteriormente, que necesitaban acciones concretas para combatirlos.

El Contralor General del Estado es sin duda la cabeza de una de las instituciones más importantes del Ecuador, quién si no la Contraloría tiene la potestad de determinar responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal, para sancionar las acciones u omisiones que producen perjuicio económico para el Estado.

Por esta razón, resulta imperativa la creación de normas jurídicas que limiten la delegación de funciones, dada la naturaleza jurídica de los exámenes especiales de auditoría y sus productos finales, (sanciones administrativas, responsabilidades civiles e indicios de responsabilidad). Además, es necesario que la máxima autoridad de una de las instituciones más importantes del país y la única que realiza control de recursos públicos, no delegue sus competencias más importantes, con el objetivo de no asumir las correspondientes responsabilidades provenientes de los diferentes actos administrativos emanados por la institución.

Conclusiones

1. El alto nivel de responsabilidad de los empleados de la Contraloría corresponde a la naturaleza misma del control que realiza dicha entidad sobre las actividades gubernamentales. Esto se debe a que dichas actividades pueden existir vulneraciones a los derechos de los administrados y a su seguridad jurídica, pues al encontrarse establecida de forma general no permite que el administrado consiga -en caso de requerirlo- plantear las acciones legales correspondientes de manera correcta. Por ello, a la vista de lo dicho, la labor de control es la más importante de las que se realizan dentro del ámbito estatal, con implicaciones legales penales en muchos casos.
2. El régimen de delegación de competencias en la Contraloría de la República de Chile se encuentra bien delimitado, ya que tanto el Contralor General como el Subcontralor tienen tareas específicas, y se respeta el principio de jerarquía en cuanto a la resolución de recursos. Mientras que el Reglamento de Suscripción de Documentos en el ámbito de control, expedido por el ex Contralor General del Estado en Ecuador, actualmente derogado, se hace una delegación extralimitada por cuanto el Contralor General del Estado, se despojaba de sus competencias constitucionales de determinación de responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal, dejando de ser uno de los funcionarios más relevantes del control gubernamental y pasando a ser un mero administrador de las cuestiones inherentes al funcionamiento interno de la Contraloría General del Estado, para salvar la responsabilidad por los daños y perjuicios que se pudieran producir en contra de los administrados e inclusive una inadecuada ejecución del control gubernamental, dejando en manos del Subcontralor General del Estado, Director de Responsabilidades y Director de Recursos de Revisión, la responsabilidad del ejercicio de sus competencias constitucionales como máxima autoridad de organismo técnico de control.
3. Es procedente que el Contralor General del Estado delegue funciones a sus subordinados con la debida limitación de la misma al ámbito administrativo de la institución. Si bien es cierto que la naturaleza misma de las funciones de la Contraloría General del Estado hace que sea necesario encomendar funciones a otros directivos, debe concebirse que esta asuma su

responsabilidad respecto de los efectos jurídicos que producen los mismos en los derechos de los administrados. Esta responsabilidad refleja la importancia y lo delicado que significa para los intereses estatales, así como para los derechos de los administrados, la determinación de responsabilidades civiles, administrativas y su respectivo recurso, indicios de responsabilidad penal, los cuales constituyen los productos finales del examen especial de auditoría y, por lo tanto, la máxima autoridad, así como si llegase a producirse una inadecuada ejecución del control, no solamente en cuanto al control interno.

Recomendaciones

1. Es necesario exista en la legislación ecuatoriana, una limitación a la delegación de funciones por parte de los funcionarios, a efectos de que no puedan delegarse competencias constitucionales, con el objetivo de salvar responsabilidades, teniendo claro que, la figura jurídica de la delegación de funciones, nace solamente para descongestionar procedimientos internos de la institución y no para despojarse de las funciones institucionales de mayor relevancia.
2. Debe incluirse en la normativa jurídica, en especial en el Código Orgánico Administrativo, un régimen de responsabilidades para delegado y delegante, a efectos de que ambos funcionarios tengan un mismo nivel de responsabilidad por el ejercicio de la delegación.
3. Es imperativo que en el Código Orgánico Administrativo, se establezca de forma clara en su articulado, la posibilidad de negarse a ejercer una delegación.
4. Deben realizarse reformas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado con el objetivo de que los recursos de revisión sean conocidos y resueltos por el Contralor General del Estado, respetando el principio de jerarquía, dado que en la actualidad son conocidos por el Director de Recursos de Revisión, que se encuentra en el mismo nivel jerárquico que el Directo de Responsabilidades.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. 2013. «Código de Ética para el Buen Vivir de la Función Ejecutiva.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 960, Suplemento, 23 de mayo.
- . 2017. «Código Orgánico Administrativo.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio.
- . 2010. «Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre.
- . 2010. «Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre.
- . 2002. «Estatuto Jurídico de la Función Ejecutiva, ERJAFE.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 536, 18 de marzo.
- . 2009. «Ley de Minería.» *Normativa*. Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero.
- . 1993. «Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.» *Normativa*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre.
- . 2015. «Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 595, Suplemento, 8 de diciembre.
- . 2003. «Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.» *Normativa*. Registro Oficial 119, 7 de julio.
- . 2014. «Reglamento de Administración del Talento Humano de la Contraloría General del Estado.» *Normativa*. Quito: Registro Oficial 136, Suplemento, 10 de junio.
- Borja, Jordi. 1989. *Estado, descentralización y democracia*. Bogotá: Foro Nacional por Colombia.
- Brewer-Carías, Allan R. 2011. «Los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX.» *ARS BONI ET AEQUI* (2): 117-34.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. 1993. *Diccionario jurídico elemental*. 11.ª ed. Buenos Aires : Heliasta.

- Carrión, Fernando. 2007. «Autonomía regional.» En *La descentralización en el Ecuador: opciones comparada*, de Fernando (comp.) Carrión, 373-86. Quito: FLACSO / SENPLADES / (GTZ / COSUDE / PDDL / PRODESIMI).
- Cassagne, Juan Carlos. 1998. *Derecho administrativo*. Vol. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Centurión González, Freddy Ronald. 2016. «Apuntes de historia del Derecho. La Magna Carta: ocho siglos después (1215-2015).» *IUS: Revista de investigación* (9).
- Congreso Nacional. 1980. «Constitución de la República de Chile.» *Normativa*. Santiago de Chile: Diario Oficial , 24 de octubre.
- . 1986. «Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575).» *Normativa*. Santiago de Chile: Diario Oficial , 12 de noviembre.
- . 1964. «Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.» *Normativa*. Santiago de Chile: Diario Oficial 25.886, 10 de julio.
- Contraloría General de la República. 2011. *Contraloría General de la República, 85 años: 1927-1912* . Santiago de Chile: Contraloría General de la República.
- . 2017. *División de Municipalidades*. marzo. Último acceso: 6 de enero de 2018. <https://www.contraloria.cl/web/cgr/funciones-y-atribuciones/division-de-municipalidades>.
- Del Giorgio Solfa, Federico. 2011. *Centralización, descentralización, desconcentración y delegación*. 11 de marzo. Último acceso: 1 de febrero de 2018. https://www.researchgate.net/publication/262180911_Centralizacion_Descen-tralizacion_Desconcentracion_y_Delegacion.
- Dromi, Roberto. 1998. *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Ecuador. 2008. «Constitución de la República del Ecuador.» *Normativa*. Registro Oficial 449, 20 de octubre.
- Fraga, Gabino. 2000. *Derecho administrativo*. 40.ª. México, D.F.: Porrúa.
- Gordillo, Agustín. 2017. *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- . 2013. *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 8. Buenos Aires: FDA.

- Guzmán Napurí, Christian. 2011. *Tratado de la Administración pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- Liarte Alcaine, María Rosa. 2010. «La monarquía inglesa en el siglo XIII. Juan Sin tierra y la Carta Magna.» *Claseshistoria: Publicación de Historia y Ciencias Sociales* 2-11.
- Malagón Pinzón, Miguel. 2004. «El juicio de cuentas, primera institución de control fiscal de la administración pública.» *Estudio Socio-Jurídico* (6): 270-84.
- Malagón Pinzón, Miguel. 2005. «La Revolución Francesa y el derecho administrativo francés. la invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial.» *Dialogo de Saberes: Revista de investigaciones y ciencias sociales* (23).
- Manteca Valdelande, Víctor. 2009. «La delegación de firma en las administraciones públicas.» *Actualidad Administrativa* (7): 845-99.
- Marienhoff, Miguel. 1970. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Martínez Bravo, Juan Alberto. 2010. *Derecho administrativo boliviano*. Santa Cruz de la Sierra: EL PAÍS.
- Ministerio del Interior. 1980. «Decreto Supremo.» *Normativa*. Santiago de Chile: Diario Oficial, 24 de octubre.
- mol.mundo. 2017. *Chile cae en ranking mundial pero sigue siendo el segundo país menos corrupto de Latinoamérica tras Uruguay*. 25 de enero. Último acceso: 4 de enero de 2018. <http://www.emol.com/noticias/Internacional/2017/01/25/841689/Chile-baja-en-indice-de-transparencia-pero-sigue-siendo-el-segundo-pais-menos-corrupto-de-Latinoamerica.html>.
- Pérez, Efraín. 2013. *Manual de derecho administrativo*. Loja: Ediloja.
- Real Academia Española. 2017. *RAE*. Último acceso: 4 de Marzo de 2018. <http://www.rae.es/>.
- Rivas, María. 2006. *Función controladora del Estado ecuatoriano*. Guayaquil: Edino.
- Sarmiento García, Jorge H. 2012. *La delegación de firma*.
- Sayagués Laso, Enrique. 1953. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Serra Rojas, Andrés. 1977. *Derecho administrativo*. 8.ª. México, D.F.: Porrúa,.

Villanueva Gómez, Luis Enrique. 2014. «La división de poderes: teoría y realidad.»
En *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*
, de Homero (Coord. Vázquez Ramos. México, D.F.: Universidad Autónoma
de México.