



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de de Loja

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

“El principio de autotutela de la administración pública es vulnerado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador, en cuanto a la gestión del talento humano”

Tesis de Grado

Autora:

Meneses Sotomayor, María Cristina. Dra.

Directora:

Moreira Aguirre, Diana Gabriela Abg.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA.

2012

III

Abg. Gabriela Moreira Aguirre
DIRECTORA DE TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo, denominado: “El principio de autotutela de la administración pública es vulnerado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador, en cuanto a la gestión del talento humano” realizado por el profesional en formación: María Cristina Meneses Sotomayor; cumple con los requisitos establecidos en las normas generales para la Graduación en la Universidad Técnica Particular de Loja, tanto en el aspecto de forma como de contenido, por lo cual me permito autorizar su presentación para los fines pertinentes.

Loja, octubre de 2012.

Abg. Gabriela Moreira Aguirre
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, María cristina Meneses Sotomayor, como autora del presente trabajo de investigación, soy responsable de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el mismo.

f).....
María Cristina Meneses Sotomayor.

AUTORA DE LA TESIS

C.I.: 1103872527

CESIÓN DE DERECHOS

Yo, María Cristina Meneses Sotomayor, declaro ser autora del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art.67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

Loja, Octubre de 2012.

Dra. María Cristina Meneses Sotomayor.

AUTORA DE LA TESIS

C.I.:1103872527

AGRADECIMIENTO

Mi infinita gratitud a la Universidad Técnica Particular de Loja en la persona de sus directivos, a todos y cada uno de los brillantes docentes que generosamente contribuyeron en la formación de cuarto nivel en el campo del Derecho Administrativo. De manera especial mi agradecimiento a la Abg. Gabriela Moreira Aguirre, magnífica maestra, buena amiga y elevado ser humano, que con singular entrega y absoluta calidad académica ejerciera la dirección de la presente tesis.

La autora

DEDICATORIA

A Fernandito, mi hijo, por ser mi fuerza, alegría y vida entera.

A mis padres Jaime y Ruth, por todo su cariño y apoyo.

A mis hermanos Jaimito y Vanessa, por estar siempre a mi lado.

María Cristina.

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I

1.1. Administración Pública

1.1.1. Derecho Administrativo.

1.1.2. Administración Pública

1.1.3. POTESTADES PÚBLICAS Y ADMINISTRATIVAS.

1.2 Principios de la Administración Pública.

1.2.1. Principio de Legalidad.

1.2.2. Autotutela administrativa.

1.2.3. Otros principios de la administración pública.

1.2.3.1. Principio de oficialidad

1.2.3.2 Principios de la eficiencia, eficacia y transparencia administrativa.

1.2.3.3 División del trabajo.

1.2.3.4. Autoridad.

1.2.3.5. Principio de modularización o corporatización.

1.3 Organización de la administración pública en el Ecuador.

CAPÍTULO II

2. El Régimen Disciplinario del servicio público.

2.1. Servicio Público.

2.2. Servidores Públicos.

2.2.1. Derechos y Deberes del servidor público.

2.2. Régimen Disciplinario.

2.2.1 Sumario Administrativo

2.2.2. Sanciones.

CAPÍTULO III

3. Las Empresas Públicas.
 - 3.1. Concepto,
 - 3.2. Objetivos.
 - 3.3. Régimen Disciplinario de las Empresas Públicas.
 - 3.4. La autotutela en las empresas públicas.

CAPÍTULO IV

4. Investigación de Campo.
 - 4.1. Análisis y Presentación de Resultados.
 - 4.2. Verificación de objetivos.
 - 4.3. Contrastación de hipótesis.

CAPÍTULO V

5. Conclusiones y Recomendaciones.
 - 5.1. Conclusiones.
 - 5.2. Recomendaciones.
 - 5.3. Propuesta de Reforma.

RESUMEN EJECUTIVO

En el Ecuador desde el 16 de octubre de 2009, se encuentra vigente la Ley Orgánica de Empresas Públicas, enmarcada en lo dispuesto en los artículos: 225 y 315 de la Constitución; sin embargo dicha ley en sus artículos 18 y 19, refiriéndose a la gestión del talento humano, específicamente a los servidores públicos, contravienen el principio de autotutela de la administración, cuando vulnera la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público, al disponer que los servidores públicos de las empresas sean regulados por el Código de Trabajo. Doctrinariamente, se justifica la necesidad de que los servidores públicos de las empresas públicas sean regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público, respetando la Constitución, y los principios de autotutela administrativa e igual trabajo, igual remuneración.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República define a la administración pública como: “un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación¹”.

La administración pública, entonces, es una de las manifestaciones específicas del poder del Estado, quien tiene la facultad de imponer su voluntad a los administrados, lo que se denomina Jus Imperium, todo ello sobre la base del interés público. Para ello está dotado de autonomía y de aututela administrativa que es el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial, que le dé certeza y valor jurídico de título ejecutivo y ejecutorio a las manifestaciones de su voluntad.

El artículo 225 de la Constitución de la República con claridad determina cuáles son las instituciones que forman parte de la administración pública, ellas son: “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

El anterior artículo se complementa con el artículo 315 de la norma suprema que manifiesta: “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de

¹ Constitución de la República. Art. 227.

recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

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

Se evidencia de esta forma como en nuestra Ley suprema se interrelacionan la administración pública, la descentralización, las empresas públicas y su autonomía, en aras de una mejor prestación de servicios públicos a la colectividad.

En el Ecuador desde el 16 de octubre de 2009, se encuentra vigente la Ley Orgánica de Empresas Públicas, enmarcada en lo dispuesto en el artículo: 225 de la Constitución, que señala los organismos o entidades integran el sector público, entre las que se cuentan las empresas públicas; y, el artículo 315 de la Carta Magna que dispone que, el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos; sin embargo dicha ley en sus artículos 18 y 19, refiriéndose a la gestión del talento humano, específicamente a los servidores públicos, contravienen el Jus Imperium y el principio de autotutela de la administración, cuando vulnera la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público en sus artículos 229 y 4, respectivamente, al disponer que los servidores públicos de las empresas sean regulados por el Código de Trabajo, generando además contradicciones entre la Carta Magna y las Leyes de Servicio Público y Empresas Públicas. A esto se suma la violación del principio constitucional de igual trabajo, igual remuneración, pues los servidores públicos de las empresas no reciben la misma remuneración por los servicios prestados, sino que en ciertas empresas gozan de privilegios, como consecuencia de éstas regulaciones contradictorias.

El presente estudio doctrinario aplicado a la realidad de la normativa del Estado ecuatoriano busca contribuir a que los preceptos legales se enmarquen en los principios del Derecho, Administración Pública y Constitución, respetando además los derechos

de los servidores públicos, quienes a más de ser juzgados por la autoridad competente, que en razón del derecho administrativo disciplinario y en virtud del principio de autotutela administrativa corresponde a la misma entidad pública a la que pertenece, deben recibir las mismas remuneraciones como servidores públicos de las empresas públicas (igual trabajo, igual remuneración).

CAPÍTULO UNO: GENERALIDADES

1.4. Administración Pública

1.1.4. Derecho Administrativo

1.1.5. Administración Pública

1.1.6. POTESTADES PÚBLICAS Y ADMINISTRATIVAS

1.5 Principios de la Administración Pública

1.2.1. Principio de Legalidad

1.2.2. Autotutela administrativa

1.2.3. Otros principios de la administración pública

1.2.3.1. Principio de oficialidad

1.2.3.2 Principios de la eficiencia, eficacia y transparencia administrativa

1.2.3.3 División del trabajo

1.2.3.4. Autoridad

1.2.3.5. Principio de modularización o corporatización

1.6 Organización de la administración pública en el Ecuador

1.1. Administración pública

Existe una estrecha conexión entre Administración Pública y Derecho Administrativo, misma que trataré de describir a continuación y que nos permitirá profundizar en materia de la presente investigación.

1.1.1. Derecho Administrativo.

Como es bien conocido la expresión derecho significa lo recto, lo justo; que sumada al término Administración, que proviene de ad, que significa - a-; y, ministrare, que significa, servir, nos demuestra que la intención del derecho administrativo se refiere a servir rectamente. Éste es el criterio que mantuvieron los romanos y que nos expone el doctor Herman Jaramillo² quien además manifiesta: “Hoy en día el derecho administrativo ha evolucionado profunda y rápidamente y adquirido la más grande importancia y consistencia con la planificación, la organización, dirección, el control y la evaluación de los servicios públicos que presta la Función Administrativa”

El derecho administrativo, según Juan Carlos Cassagne, citado por ABELEDO-PERROT³, “es aquella parte del derecho público interno que regula la organización y las funciones, de sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del órgano ejecutor y de las entidades descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas y privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado”

José Roberto Dromi⁴, nos dice que “el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa”.

Enrique Sayagués Laso⁵, expone: “el derecho administrativo es la parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y ejercicio de la función administrativa”.

Antonio Lanciz y Sánchez⁶, considera que “el derecho administrativo es el conjunto de principios y normas que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa”

² JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja. Editorial Universitaria.

³ ABELEDO PERROT. (1993). *Derecho Administrativo I*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

⁴ DROMI, J. (1992). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires. Astrea.

⁵ SAYAGUÉS LASO, E. (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo. Bianchi Altuna.

⁶ LANCIZ Y SÁNCHEZ, A. (1952). *Derecho Administrativo*. La Habana. Cultural S.A.

El reconocido jurista ecuatoriano, Jorge Zavala Egas⁷, al respecto se pronuncia: “ Es el conjunto de principios y reglas de Derecho público interno que regulan la actividad de las Administraciones Públicas o de sus delegatarios, entendiendo por estos a los sujetos- poderes públicos (criterio subjetivo) que desarrollan funciones administrativas (criterio funcional objetivo) para satisfacer necesidades públicas, desarrollando servicios públicos o atendiendo intereses públicos o asuntos de mera utilidad pública (criterio teleológico o finalista).

Los profesores españoles, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁸, encuadran al derecho administrativo como un derecho estatutario, es decir que se aplica a determinados sujetos, diferentes de la aplicación general del derecho, al respecto manifiestan “Un derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos. Este es el caso, por ejemplo del derecho civil. Hay otros derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común. A éstos derechos se les puede denominar Derecho estatutario, revalorizando así convencionalmente la vieja terminología medieval... el Derecho Administrativo... no es ni el derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el derecho propio de una función, sino un derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho Común”

Dante Cervantes Anaya⁹, dice: “Es la parte del Derecho Público, que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, a la vez que indica a los individuos los recursos contra la violación de sus derechos. Corresponde al derecho administrativo, dictar las reglas o normas pertinentes a la función administrativa y también en fijar la organización de las autoridades administrativas”

⁷ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

⁹ CERVANTES ANAYA, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Rodhas.

Revisados algunas definiciones de derecho administrativo, se puede concluir que: Es una rama del derecho público integrada por un conjunto de principios y normas relativos a la administración pública. Digo que pertenece al derecho público, en cuanto se diferencia del privado, porque trata de normas y principios eficaces para relaciones de superioridad que trascienden a los individuos como tales, en las cuales, una de las partes es uno de los poderes públicos, que persigue el interés público.

En el contenido del derecho administrativo, criterio que lo compartimos con el Dr. Jorge Zavala Egas¹⁰, se conjuntan cinco elementos:

1. El o los sujetos con potestades públicas, se refiere a quien administra.
2. La actividad de la que se ocupa, satisfacción de los intereses públicos, mediante la gestión de los servicios públicos.
3. Los medios, textualmente, dice el jurista antes mencionado: “si el fin es la satisfacción del interés general, las administraciones públicas tienen medios sólidos y especialmente robustos, potestades unilaterales de carácter exorbitante cuyo ejercicio pueden garantizar las propias administraciones públicas en RÉGIMEN DE AUTOTUTELA”
4. El fin, referido a la satisfacción de los intereses colectivos, mediante la prestación de servicios públicos.
5. La legitimación para su obediencia, es decir, el cumplimiento de los ciudadanos se debe a la legitimidad formal (la actuación se ajusta al ordenamiento jurídico) y la legitimidad material (basada en principios generales del derecho).

1.1.2. Administración Pública.

Según Henry Fayol, administrar es “prever, organizar, mandar, coordinar y controlar con el objeto de servir a los administrados para lograr el bien común y proteger el interés general”.

¹⁰ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino.

Dicho de otro modo, la finalidad de la administración, especialmente de la administración pública, es el bien común, no limitado a clases sociales o grupos determinados, sino que es de carácter social, comunitario y general; que se diferencia de la administración privada, porque ésta maneja bienes y servicios con un propósito lucrativo. En la administración pública se manejan bienes, servicios y recursos humanos con el fin de otorgar prestaciones idóneas a los administrados. Dicho de otro modo, el fin de la administración pública siempre será la satisfacción de las necesidades de interés general.

“La administración pública es la organización encargada de tomar las decisiones políticas y hacerlas cumplir mediante una serie de órganos y departamentos (gobierno, ministerios, secretarías de Estado, gobiernos territoriales o regionales, policía, seguridad social, etc.)¹¹

Guillermo Cabanellas de Torres¹², manifiesta: “Gestión, gobierno de los intereses o bienes, en especial de los públicos. La ciencia de la administración es el conjunto de reglas para gestionar bien los negocios; y, más particularmente, para aplicar los medios a la consecución de los fines del Estado....PÚBLICA. Es el poder Ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos...”

El doctrinario, Dante Cervantes Anaya¹³, identifica los siguientes conceptos de Administración Pública:

- Concepto Funcional: “la administración Pública es una de las manifestaciones específicas del poder del Estado, no solamente ejecuta la Ley, sino que realiza la ley, obrando dentro de sus cuadros, normando los fines de la misma. No es ejecución automática de una norma, sino su realización material, oportuna y eficiente a través de potestades reglamentarias o discrecionales e imperativas”.

¹¹ LÓPEZ ARÉVALO, W. (2010). *Tratado de Contratación Pública. Tomo I*. Quito. Editorial Jurídica del Ecuador.

¹² CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

¹³ CERVANTES ANAYA, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Rodhas.

- Concepto microanalítico: “La administración pública es la fase del gobierno que consta de la ordenación cooperativa de las personas, mediante la planificación, organización, educación y dirección de su conducta, para la realización de los fines del sistema político”.
- Concepto macroanalítico: “La administración Pública, es una división de la ciencia política y de las ciencias sociales, y es parte de la ciencia de la administración que tiene que ver con el gobierno, se ocupa de la rama ejecutiva donde se hace el trabajo del gobierno, en resumen una definición macroanalítica de la administración pública son todas aquellas operaciones que tienen por objeto la realización y ejecución de las directivas gubernamentales”
- Concepto sociológico: “La administración pública es considerada como la organización social generada por voluntad del Estado, para actuar a su servicio en el contenido de la realidad nacional, y en orden a los intereses que define el poder político. En tanto organización político. Administrativa, es el instrumento a través del cual se ejerce la función de gobierno, y se desarrollan determinados procesos productivos de bienes de servicio en todo el territorio nacional”

La Constitución de la República, en su artículo 227, expresa¹⁴: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

Debemos recordar que la Constitución vigente declara a nuestro país como un “ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA” que según la Corte Constitucional Ecuatoriana¹⁵ significa: “1. El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2. La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; 3. El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho”. A estas características, debemos sumar las siguientes: “1. Es un derecho más de principios que de reglas; 2. Mayor utilización del método de ponderación; 3. Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos

¹⁴ Constitución de la República. 2008.

¹⁵ Sentencia interpretativa. R.O. –s- Nro. 451 de 22 de octubre de 2008.

ámbito a la Ley; 4. Poder del Juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos¹⁶”.

Entonces, el Ecuador, al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia o como también se le puede llamar Estado garantista, se cimienta y construye sobre los derechos fundamentales de la persona; y sobre aquel que ha sido considerado fundamento de todos ellos, LA DIGNIDAD HUMANA; la Carta magna así lo reconoce y expresa en su artículo 84: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Así las cosas, y enmarcada en el texto constitucional, debo resaltar la vinculación de los órganos de la Administración pública a los derechos fundamentales y su obligación de cumplirlos, respetarlos y garantizarlos: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes...¹⁷” “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...¹⁸”

¹⁶ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino.

¹⁷ Artículo 3, # 1. Constitución de la República.

¹⁸ Artículo 11, # 3. Constitución de la República.

Doctrinariamente y por razones de simplificar el estudio, se ha denominado “Administración Pública”, cuando lo correcto sería “Administraciones Públicas” pues debemos recordar que no solamente nos referimos a la Administración central o del Estado, sino a todas las personas jurídicas dependientes de ella; así como a las administraciones de las provincias y cantones que tienen personalidad jurídica propia.

En el Ecuador, el servicio público comprende: “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos¹⁹. Tal, como lo dice García de Enterría²⁰: “La historia de la administración es... la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte así de la esencia misma del concepto”.

Según el doctrinario Zavala Egas²¹ los siguientes se pueden identificar como elementos estructurales en las Administraciones públicas, en base a la Constitución:

1. Sujetos: personas jurídicas y órganos integrantes del sector público.
2. Atribuidos con potestad estatal vía Constitución o Ley.
3. Que deben ejercer una función o actividad administrativa.
4. Para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, esto es para concretar la realización de un fin público.

¹⁹ Art. 225. Constitución de la República.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Administración Española*. Madrid. Alianza Editorial.

²¹ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino.

Las administraciones públicas de hoy en día han sido cuestionadas por la calidad y eficiencia que prestan en sus servicios, restando protagonismo a los ciudadanos. Frente a ello, nuevos criterios han surgido como por ejemplo “la nueva gobernanza” en base a éste quiere referirme al libro blanco sobre gobernanza europea, que bien podría aplicarse en nuestros países latinoamericanos. El antes mencionado documento, propone cinco principios acumulativos²²:

1. Apertura: las instituciones deben otorgar mayor importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones.
2. Participación: es necesario implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de políticas públicas.
3. Responsabilidad: debe clarificarse el papel de cada empleado público en el proceso de toma de decisiones para que cada uno asuma la responsabilidad que se le ha atribuido.
4. Eficacia: deben tomarse las decisiones a la escala y en el momento apropiado y estas deben producir los resultados buscados.
5. Coherencia: Las políticas públicas son necesariamente diversas por lo que necesitan un esfuerzo continuo de coherencia.

1.1.3. Potestades públicas y administrativas.

El término potestad deriva del latín potestas, potestatis, cuya raíz es pot y significa poder, potestad, poderío, potencia, facultad, soberanía.

El artículo 226 de la Constitución de la República determina: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

²² LIBRO BLANCO PARA LA GOBERNANZA EUROPEA. 2001.

Según Guillermo Cabanellas de Torres, potestad es²³ “Poder, facultad, atribución, dominio, jurisdicción... En el derecho romano, y como opuesto al imperio o facultad de mando, la potestad (potestas) comprendía el poder administrativo; como el de publicar edictos, multar, embargar, convocar al pueblo para hablarle o para que votara, y convocar, presidir y hacer votar a una asamblea...”

Lo que significa y de conformidad al acápite anterior que la actuación de las administraciones públicas solamente pueden darse dentro del ámbito de sus competencias previstas en la Constitución o la ley (principio de juridicidad o legalidad), que es el límite de su potestad.

Ya lo decían los españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández²⁴ “La legalidad atribuye potestades a la administración... La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndoles poderes jurídicos”

El jurista lojano, doctor Herman Jaramillo, expone que²⁵ “La administración pública para ejecutar y desarrollar las actividades regladas y discrecionales y para lograr los fines que persigue el Estado, goza de ciertas potestades que se caracterizan por ser “inalienables”, “intransferibles”, imprescriptibles” e irrenunciables”. Las potestades son prerrogativas inherentes a la propia administración. Es una forma de ejercer las atribuciones que le señala y permite la Constitución y leyes de la República”

Las potestades entonces, proceden del ordenamiento jurídico exclusivamente y deben ejercitarse en función del interés público, al servicio de la comunidad.

“Las potestades públicas administrativas son las dosificadas medidas del Poder Estatal, asignadas por la Constitución y la Ley, a los órganos y más entes sometidos al derecho

²³ CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

²⁵ JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja. Editorial Universitaria.

público administrativo, para que sean ejercidas en concretas actividades o funciones administrativas, para el cumplimiento de un interés público²⁶”

Los doctrinarios estudiados, coinciden en que las potestades de la administración pública pueden clasificarse en:

- Imperativa o Jus Imperium: Es la determinación inmediata y directa, con carácter de orden y mando que tienen las administraciones públicas sobre las cosas y las personas, que se manifiesta mediante órdenes, resoluciones e imposiciones que deben ser cumplidas por la generalidad. Es la expresión directa del principio de autoridad.
- De Ejecución: Desarrollada por la misma administración para hacer cumplir o efectivizar sus órdenes.
- Sancionadora: Necesaria para que la administración imponga sus decisiones, en caso de que los administrados no las acaten, entonces puede aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.
- Jurisdiccional: Se refiere al poder de decidir en todas aquellas cuestiones, que afecten los intereses de los particulares ante los de la administración.

También se pueden distinguir entre potestades regladas y discrecionales²⁷, “las primeras cuyo ejercicio se reduce a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado agotadoramente; y, las segundas, cuyo ejercicio comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido”

Es decir, la potestad reglamentaria es aquella que se encuentra plenamente determinada en el ordenamiento jurídico y la discrecional es aquella en la que las

²⁶ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino. Como se observa existe una trilogía indisoluble: a) Potestad pública administrativa; b) Actividad o función administrativa; y, c) Finalidad inherente al interés público o bien que sea común. Sin la primera (potestad) no se puede ejercer la segunda (la actividad o función) y, por lo tanto, no se logrará la concreción del tercero el bien común.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

administraciones públicas completan la figura legal que determina el ejercicio de su potestad.

En nuestro ordenamiento las potestades reglamentarias se encuentran señaladas en el artículo 84 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva²⁸, cuando se refiere así: “La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto”.

Las potestades discrecionales se encuentran en la misma normativa en su artículo 86 “PRESUNCION DE COMPETENCIA Y FACULTADES IMPLICITAS.- Si alguna norma atribuye competencia a la Administración Pública Central, sin especificar el órgano que deba ejercerla, se entenderá que la facultad de tramitar y resolver las peticiones o impugnaciones corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.

LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS SERÁN COMPETENTES PARA RESOLVER TODOS LOS ASUNTOS Y ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS Y DECISIONES QUE LOS CONSIDEREN RAZONABLEMENTE NECESARIOS PARA CUMPLIR CON SUS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DETERMINADOS EN LA LEY NO OBSTANTE QUE DICHS ASUNTOS, MEDIDAS Y DECISIONES NO HAYAN SIDO EXPRESAS Y DETALLADAMENTE A ELLOS ATRIBUIDOS”.

Se debe recordar que las potestades nacen de la Constitución, la Ley y los Principios Generales del Derecho; y además, ellos mismos habilitan a la Administración para actuar generando mutaciones y efectos jurídicos, tal como lo manifiesta el doctor Jorge Zavala Egas.

²⁸ Estatuto del Régimen Jurídico administrativo de la Función Ejecutiva, que inclusive en su artículo 85 determina las razones de la competencia así: La competencia administrativa se mide en razón de:

- a) La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados;
- b) El territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia; y,
- c) El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.

Sin embargo de aquello, no es factible, bajo ninguna circunstancia confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, menos en un Estado garantista como el nuestro, pues toda potestad discrecional, ejercitada por las administraciones públicas, con libertad, deben estar revestidas de la suficiente motivación.

Quiero acoger como mías, una vez más, las palabras de los insignes tratadistas españoles García de Enterría y Fernández²⁹, cuando al respecto manifiestan: “En concreto, puede decirse que son cuatro los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla, y , por último el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto, de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado. De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la administración ejecutora.”

En opinión del Dr. Roberto Dromi³⁰, “las potestades no existen, no son tales, lo real existencial es el poder como capacidad del Estado, que es única, uan rpropia del orden estatal”.

1.2. PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La ciencia se sustenta en principios, partiendo de éste postulado, Guillermo Cabanellas³¹, nos dice que: “Es el primer instante del ser, de la existencia, de la vida.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.* Tomson Civitas.

³⁰ DROMI, J. (1992). *Derecho Administrativo. Tomo I.* Buenos Aires. Astrea.

³¹ CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental.* Editorial. Heliasta.

Razón, Fundamento, Origen. Causa principal. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte”.

“Los principios constituyen los cimientos sólidos, los pilares básicos, inamovibles, sobre los cuáles descansa el edificio del ordenamiento jurídico³²

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, se debe tener claro que ahora se trata de un derecho por principios, “lo cual tiene directa y trascendental importancia para la potestad jurisdiccional³³”.

En palabras de Silva³⁴, “la administración pública, es informada por diversos principios generales destinados por una lado a orientar la acción del administrador (empleados públicos) en la práctica de los actos administrativos y, por otro lado, garantizar la buena administración, que se consustancia en la correcta gestión de los negocios públicos y en el manejo de los recursos públicos (dinero, bienes, servicios) con interés colectivo, con el que también se asegura a los administrados el derecho a prácticas administrativas y justas”

La Constitución 2008 es un conjunto de normas jurídicas que se formalizan a través de principios y reglas, y, es vinculante a todos los ciudadanos y poderes públicos, así lo señala el artículo 426: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

³² JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja. Editorial Universitaria.

³³ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino. Es importante recordar que tanto los principios como las reglas, como especies de normas de Derecho Positivo, tienen como efecto crear derechos subjetivos a los destinatarios de los mismos, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia, otorga el derecho de ser presumido así hasta que exista sentencia condenatoria ejecutoriada; el principio de legalidad general el derecho a que una persona no sea enjuiciada por una conducta no prevista por la Ley como infracción, el derecho a no ser castigado con una sanción que no sea contemplada en la ley previa y finalmente, el derecho a no ser sancionada sin el previo procedimiento legal.

³⁴ SILVA, J.A. (1996). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Sao Paulo. Malheiros.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

La diferencia entre principio y reglas la encontramos en que los principios no tienen el supuesto, sólo tienen el precepto de conducta, por ejemplo la regla constitucional del art. 76, numeral 7, literal e: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:... e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.” El supuesto sería “en caso de que se deba interrogar a una persona para fines de investigación” y el precepto de conducta “debe proveerse de un abogado al sospechoso” encontramos dos elementos o partes claramente definidos en las reglas; mientras que, en los principios, sólo encontramos una parte, el precepto de conducta, por ejemplo el principio de legalidad previsto en el artículo 76, numeral 3: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

En los artículos 10 y 11 de la Constitución de la República³⁵ encontramos los principios de aplicación de los derechos, que en forma simplificada, puedo decir que: serán

³⁵ **Art. 10.-** Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

exigibles ante toda autoridad pública, de directa e inmediata aplicación, inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; el más alto deber del

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

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

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

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

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

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

estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, así como también se determina la responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos.

Respecto a los principios que rigen la Administración Pública, se puede mencionar y analizar los siguientes:

1.2.1. Principio de Legalidad.

En el ámbito del Derecho Administrativo, el principio de legalidad posee un significado. Las leyes administrativas contienen una regulación imperativa de la conducta de la Administración; la ley determina y tipifica su conducta, de tal forma que sin la correspondiente cobertura legal aquella queda despojada de protección jurídica.

El Dr. Herman Jaramillo, se pronuncia al respecto³⁶: “El ordenamiento jurídico es un sistema de normas, reglas y principios jurídicos que regula la organización y el funcionamiento de las instituciones del sector público y privado, y la conducta del género humano en la sociedad. El ordenamiento jurídico es un sistema de normas generales, impersonales, abstractas y válidas, por el fondo y la forma, porque emanan del poder legítimamente constituido del Estado. Por lo expuesto se presume, que todas las resoluciones dictadas por los órganos del poder público son legales mientras no se pruebe lo contrario”

De las construcciones del principio de legalidad de la administración, surgen dos formas de vinculación, a saber³⁷:

- Vinculación Negativa a la administración: La administración no podía actuar por propia autoridad, sino fundamentándose en la autoridad de la ley. Dicho de otro modo la administración podía hacer “no meramente aquello que la ley

³⁶ JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja. Editorial Universitaria.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

expresamente lo autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe”. Asociado con las potestades discrecionales, pues la administración podría actuar, conforme a su voluntad y libre autonomía, en todos aquellos asuntos que la ley no ha regulado.

- Vinculación Positiva a la administración: que hoy en día se puede decir es el universalmente aceptado, en el sentido que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Así se encuentra previsto también en nuestra Constitución en el artículo 226: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

El Doctor Jorge Zavala Egas, nos dice que el principio de legalidad o juridicidad³⁸ “tiene estrecha vinculación con el principio de la división de poderes públicos, pues su finalidad es la de precautelar que la actividad de cada uno de éstos se ejerce acorde con las potestades que le asigna la Constitución o la Ley”.

A partir de lo anterior, pueden señalarse tres consecuencias del principio de legalidad. En primer lugar, posee un efecto habilitante para la Administración. En segundo lugar, somete toda su actividad al principio de jerarquía normativa³⁹. Por último, satisface una necesidad de garantía para los particulares.

³⁸ ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino.

³⁹ Art. 425 Constitución de la República.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

1.2.2. Autotutela administrativa.

La Autotutela Administrativa es el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial que le dé certeza y valor jurídico de título ejecutivo y ejecutorio a las manifestaciones de su voluntad

La autotutela administrativa, entonces es un privilegio, una de las prerrogativas de las administraciones públicas según el cual sus actos se presumen válidos y pueden ser impuestos a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad de acudir a los juzgados y tribunales, y al margen del consentimiento de aquéllos.

Las administraciones públicas⁴⁰ “tienen la potestad de proceder por sí mismas, salvo ciertas limitaciones establecidas por la ley, esto sin necesidad de acudir a los tribunales a declarar la extinción o reforma de los actos administrativos que considere total o parcialmente viciados por razones de merito o legalidad. Zanobini lo denomina “Principio de la Autotutela de la Administración Pública”, el cual tiene según el autor el mismo fundamento que el principio de la Ejecutoriedad de los Actos Administrativos. Así como la voluntad de la administración pública se impone sin medición de los tribunales, cuando se trata de dar ejecución a sus actos, también dicha voluntad se basta a sí misma, sin necesidad de intervención jurisdiccional, cuando por una u otra razón declara la revocación o modificación de actos anteriores deben ser acatadas por los órganos de la administración y su obediencia se impone a los particulares, sin perjuicio del derecho que corresponde a quienes se consideran agraviados, de pedir a los tribunales competentes se declare la nulidad de la revocación o reforma, lo que implicaría el mantenimiento del acto anterior incólume”.

⁴⁰ <http://es.scribd.com/doc/48961731/Extincion-de-los-Actos-Administrativos>. (Consultado: 20/ 06/2012)

Según la enciclopedia wikipedia⁴¹ “Autotutela: es la propia administración quién resuelve sus propios conflictos ya que los actos de la administración se presuponen judicialmente válidos”

Normalmente un ciudadano que se siente afectado por una acción u omisión puede hacer valer sus derechos frente a un Juzgado o Tribunal, el cual lo valorará desde la perspectiva del derecho y lo declarará conforme, dándole fuerza ejecutoria, este es un juicio declarativo; y, si esta resolución no fuese cumplida, mediante una segunda pretensión dirigida al tribunal, éste dispondrá su cumplimiento mediante la fuerza coactiva, dándole nuevamente fuerza ejecutoria, este es un juicio ejecutivo.

De lo antes expuesto las administraciones públicas no requieren ventilar sus conflictos ante tribunales, pues las mismas se imponen por sí solas.

A decir de los profesores García de Enterría y Fernández⁴² “La administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial. Es este el principio de autotutela el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional. Pero esta autotutela administrativa tiene rasgos singulares que la separan de los fenómenos de autotutela privada que conoce el ordenamiento”

Y es así como éstos doctrinarios, introducen el concepto de autotutela privada, como algo excepcional y facultativa, que inicia a petición de un sujeto y por su sola voluntad, señalando los mismos autores como ejemplos los siguientes: estado de necesidad, legítima defensa, la facultad correctora del padre sobre el hijo, las ejecuciones extrajudiciales legales o pactadas de los acreedores prendarios o hipotecario.

⁴¹ <http://es.wikipedia.org>. (Consultado: 20/ 06/ 2012)

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

Sin embargo el tema que nos involucra que es la autotutela administrativa, difiere totalmente de la autotutela privada, que simplemente queda consignada para conocimiento general.

Dentro de la autotutela administrativa, se pueden distinguir⁴³:

- La autotutela conservativa: que es aquella que protege una situación dada, resiste la pretensión de un tercero de alterar dicha situación, propugna, por tanto una omisión. Como ejemplo se puede citar la facultad interpretativa de los contratos administrativos, que la administración.
- La autotutela activa o agresiva: es aquella que tiene por contenido una conducta positiva y por resultado un cambio en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación prevista. Y manifiestan los mismo profesores que la autotutela agresiva puede actuar por vía de satisfacción de un derecho preexistente, por ejemplo, mediante la acción directa sobre el patrimonio del obligado o por ejecución subsidiaria, supuesto los dos en que la satisfacción del derecho se realiza mediante la creación de situaciones jurídicas nuevas o la transformación de las existentes; o bien, y es aún más enérgico, convirtiendo previamente en un derecho ejecutorio una pretensión innovativa originaria, por ejemplo, la resolución de un contrato, **SEPARACIÓN DE UN FUNCIONARIO, IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN GENERAL**, liquidaciones tributarias, etc, etc. (las mayúsculas y negritas son mías).

También se puede distinguir entre la autotutela declarativa y ejecutiva, que ya antes se ha mencionado:

- Autotutela declarativa: “la autotutela declarativa de la que goza la administración produce que sea el administrado el encargado de aportar las pruebas e iniciar un procedimiento impugnatorio para impedir o destruir la eficacia inmediata de las decisiones administrativas en base a este tipo de autotutela, ya que de lo

⁴³ Ibídem.

contrario esos actos son validos, obligatorios y plenamente eficaces⁴⁴”, “La autotutela declarativa de que se beneficia la administración desplaza, pues la carga de accionar a la otra parte gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la administración, incurriendo en un vicio legal y constitucional el acto que la desatiende en este presupuesto⁴⁵”

El estatuto del régimen jurídico administrativo de la función judicial, en su artículo 68 manifiesta: “LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”.

- Autotutela ejecutiva: es decir que a más de ser válidos los actos de las administraciones públicas, éstos pueden hacer uso de la coacción para el cumplimiento de los mismos. “la autotutela ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de coacción frente a terceros⁴⁶ “.

El estatuto del régimen jurídico administrativo de la función judicial, en su artículo 124 expresa: “Ejecutividad.- Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo”.

1.2.3. Otros principios de la administración pública.

Creo necesario, resaltar brevemente, algunos otros principios importantes de la administración pública:

1.2.3.1. Principio de oficialidad

⁴⁴ <http://es.wikipedia.org>. (Consultado: 20/ 06/ 2012)

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

⁴⁶ *Ibídem*.

La administración pública no necesita del impulso o autorización de un tercero para actuar en beneficio colectivo.

Así lo prescribe el artículo 88 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: “COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.- Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, sea de oficio o a instancia del interesado, se expedirán por el órgano competente y acorde al procedimiento establecido”

1.2.3.2 Principios de la eficiencia, eficacia, calidad y transparencia administrativa.

Previstos en la Constitución de la República en su artículo 227 “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

Desde el firme convencimiento que el ciudadano es el centro de la vida pública, resulta preocupante, que hoy en día, en países como el nuestro, los ciudadanos perciben las administraciones públicas como poco eficaces e ineficientes. Dicho de otro modo, las administraciones públicas, son consideradas por los ciudadanos, como que no prestan servicio de calidad, sobre todo si se realiza una inevitable comparación con entidades del sector privado.

La calidad se ha convertido en un imperativo dentro de la administración pública, que se concibe como la respuesta las administraciones públicas dan de forma regular y continua a las necesidades y expectativas de los ciudadanos.

La eficiencia referida a la capacidad para optimizar la utilización de recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos, mediante el uso racional de sistemas administrativos⁴⁷. La eficacia debe ser medida en base a los resultados del servicio prestado. Viladerll Riera, en su obra la evaluación de la eficiencia de las

⁴⁷ Ley de Modernización del Estado.

administraciones públicas⁴⁸, expresan: “Una institución actuará eficientemente cuando obtenga el máximo output –servicio- de los recursos disponibles o bien cuando minimice estos recursos dados, un nivel de actividad o unos objetivos operativos determinados. Por otro lado una entidad pública actúa eficazmente cuando consigue los objetivos propuestos”

La eficacia, se refiere, a la capacidad de la administración de satisfacer las necesidades de una sociedad, a través de bienes y servicios⁴⁹. Dos criterios pueden calificar a una administración de eficaz o no: 1. El cumplimiento de los objetivos previamente fijados; y, 2. La prestación de servicios con unos índices de calidad óptimos.

La transparencia, entendida como el actuar lícito, legítimo y honesto de quienes forman parte de las administraciones públicas.

1.2.3.3 División del trabajo.

Cuya finalidad consiste en producir más con el mismo esfuerzo o producir lo mismo con el menor esfuerzo.

Según el doctrinario Dante Cervantes⁵⁰, “el trabajo se divide entre otras razones por:

1. Porque los hombres difieren notablemente en capacidad, habilidad y características personales y la especialización aumenta notablemente su eficiencia.
2. Porque una misma persona no puede estar en dos sitios, ni puede hacer dos cosas al mismo tiempo.
3. Porque la amplitud de los conocimientos y técnicas, es tan grande que ningún hombre puede dominar más de una parte pequeña de conocimientos”

1.2.3.4. Autoridad.

⁴⁸ VILARDELL RIERA, I. (1988). *La evaluación de la eficacia de las administraciones públicas*. Madrid. Villarderi.

⁴⁹ CHIAVETANO, I. (1988). *Introducción a la Teoría General de la Administración*. México D. F. Siglo XXI Editores.

⁵⁰ CERVANTES ANAYA, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Rodhas.

Según Guillermo Cabanellas⁵¹ “autoridad es la potestad, poder o facultad que uno tiene para hacer alguna cosa...”

Dicho de otro modo es la facultad de disponer, mandar y hacer cumplir lo dispuesto.

1.2.3.5. Principio de modularización o corporatización.

Según este principio se debe propender a una organización modular de la administración a través de la utilización de entes autónomos, agencias o autoridades, junto con una disminución del tamaño de organismos superiores. Podría comprenderse dentro de tales a las empresas públicas.

1.3. Organización de la administración pública en el Ecuador.

La regulación de la administración pública se encuentra prevista en nuestro país en la Constitución de la República, como sujeto poder público con responsabilidad, esto se evidencia en los siguientes artículos:

Art. 225.- El sector público comprende:

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

⁵¹ CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

1. LOS ORGANISMOS Y DEPENDENCIAS DE LAS FUNCIONES EJECUTIVA, LEGISLATIVA, JUDICIAL, ELECTORAL Y DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL.

Función Ejecutiva:

- **Art. 141.-** La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.
- **Art. 147.-** Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:
 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.
 2. Presentar al momento de su posesión ante la Asamblea Nacional los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio.
 3. Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva.
 4. Presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación.
 5. **DIRIGIR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN FORMA DESCONCENTRADA Y EXPEDIR LOS DECRETOS NECESARIOS PARA SU INTEGRACIÓN, ORGANIZACIÓN, REGULACIÓN Y CONTROL.**
 6. Crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación.
 7. Presentar anualmente a la Asamblea Nacional, el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos que el gobierno se propone alcanzar durante el año siguiente.
 8. Enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea Nacional, para su aprobación.
 9. Nombrar y remover a las ministras y ministros de Estado y a las demás servidoras y servidores públicos cuya nominación le corresponda.

10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión.
 11. Participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes.
 12. Sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial.
 13. **EXPEDIR LOS REGLAMENTOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS LEYES, SIN CONTRAVENIRLAS NI ALTERARLAS, ASÍ COMO LOS QUE CONVENGAN A LA BUENA MARCHA DE LA ADMINISTRACIÓN.**
 14. Convocar a consulta popular en los casos y con los requisitos previstos en la Constitución.
 15. Convocar a la Asamblea Nacional a períodos extraordinarios de sesiones, con determinación de los asuntos específicos que se conocerán.
 16. Ejercer la máxima autoridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y designar a los integrantes del alto mando militar y policial.
 17. Velar por el mantenimiento de la soberanía, de la independencia del Estado, del orden interno y de la seguridad pública, y ejercer la dirección política de la defensa nacional.
 18. Indultar, rebajar o conmutar las penas, de acuerdo con la ley.
- **Art. 155.-** En cada territorio, la Presidenta o Presidente de la República podrá tener un representante que controlará el cumplimiento de las políticas del Ejecutivo, y dirigirá y coordinará las actividades de sus servidoras y servidores públicos.

Función Legislativa:

Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

1. Posesionar a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República proclamados electos por el Consejo Nacional Electoral. La posesión tendrá lugar el veinticuatro de mayo del año de su elección.

2. Declarar la incapacidad física o mental inhabilitante para ejercer el cargo de Presidenta o Presidente de la República y resolver el cese de sus funciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución.
3. Elegir a la Vicepresidenta o Vicepresidente, en caso de su falta definitiva, de una terna propuesta por la Presidenta o Presidente de la República.
4. Conocer los informes anuales que debe presentar la Presidenta o Presidente de la República y pronunciarse al respecto.
5. Participar en el proceso de reforma constitucional.
6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.
7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.
8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda.
9. **FISCALIZAR LOS ACTOS DE LAS FUNCIONES EJECUTIVA, ELECTORAL Y DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL, Y LOS OTROS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO, Y REQUERIR A LAS SERVIDORAS Y SERVIDORES PÚBLICOS LAS INFORMACIONES QUE CONSIDERE NECESARIAS.**
10. Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.
11. Posesionar a la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Superintendencias, y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, del Consejo de la Judicatura y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
12. Aprobar el Presupuesto General del Estado, en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución.
13. Conceder amnistías por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. No se concederán por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

- Art. 122.- **El máximo órgano de la administración legislativa** se integrará por quienes ocupen la Presidencia y las dos Vicepresidencias, y por cuatro vocales elegidos por la Asamblea Nacional de entre asambleístas pertenecientes a diferentes bancadas legislativas.

Función Judicial:

- **Art. 177.-** La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, **órganos administrativos**, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.
- **Art. 178.-** Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

La Corte Nacional de Justicia.

Las cortes provinciales de justicia.

Los tribunales y juzgados que establezca la ley.

Los juzgados de paz.

El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

- **Art. 191.-** La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que,

por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias.

La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado.

- **Art. 194.-** La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

Función de Transparencia y Control Social

- **Art. 204.-** El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

- **Art. 207.-** El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones.

El Consejo se integrará por siete consejeras o consejeros principales y siete suplentes. Los miembros principales elegirán de entre ellos a la Presidenta o Presidente, quien será su representante legal, por un tiempo que se extenderá a la mitad de su período.

La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley.

- **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 y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

- **Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o

por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

Las superintendencias serán dirigidas y representadas por las superintendentas o superintendentes.

La ley determinará los requisitos que deban cumplir quienes aspiren a dirigir estas entidades.

Las superintendentas o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana.

- **Art. 214.-** La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior.

Función Electoral.

- **Art. 217.-** La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

- **Art. 238.-** Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad,

subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

3. LOS ORGANISMOS Y ENTIDADES CREADOS POR LA CONSTITUCIÓN O LA LEY PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ESTATAL, PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS O PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS ASUMIDAS POR EL ESTADO; Y,

4. LAS PERSONAS JURÍDICAS CREADAS POR ACTO NORMATIVO DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Entre las que se encuentran las empresas públicas, mixtas en los cuales tenga mayoría accionaria el Estado:

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

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

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

- **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.

CAPÍTULO DOS: EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL SERVICIO PÚBLICO.

2.1. Servicio Público.

2.2. Servidores Públicos.

2.2.1. Derechos y Deberes del servidor público.

2.3. Régimen Disciplinario.

2.3.1 Sumario Administrativo

2.3.2. Sanciones.

2.1. Servicio público.

Guillermo Cabanellas de Torres⁵², define servicio público como “concepto capital del derecho político y del administrativo es éste del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública”

“Servicio público es el conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad ayudar a las personas que lo necesiten⁵³.”

Se evidencia claramente como en las dos definiciones consignadas se relaciona estrechamente al servicio público con la función administrativa.

“Desde finales del siglo XIX, especialmente en Francia, la noción de servicio público se erigió en el concepto central de la ciencia jurídica administrativa y en general, del derecho público, en tanto el Estado y su actividad se caracterizaron por algo más que la clásica custodia de la soberanía. La actividad estatal se relacionó con la prestación de

⁵² CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

⁵³ <http://es.wikipedia.org>. (Consultado: 20/ 06/ 2012)

servicios públicos, como elemento que explica la relación del Estado con los ciudadanos y se convierte en una fuente de legitimidad del poder público⁵⁴”

Tal como lo afirma Carlos Bernal Pulido⁵⁵ “La noción de servicio público comenzó a configurarse en la dogmática jurídica sólo a partir de la jurisprudencia francesa a finales del siglo XIX y en concreto tras el renombrado “fallo blanco” de 1873. Antes de ese fallo, de conformidad con el artículo 13 de la ley 16 de 1870, se consideraba que el control judicial de los actos administración estaba excluido, razón por la cual, ningún tribunal podía cuestionarlos. La importancia del fallo blanco radica en que asumió una postura opuesta. Señaló que el Estado podía ser jurídicamente responsable por la prestación de servicios públicos. Así mismo definió el régimen aplicable y la jurisdicción competente para conocer este tipo de asuntos. Este pronunciamiento reconoció dicha competencia al Consejo de Estado y a la jurisdicción administrativa”

En menester revisar otros conceptos respecto a servicios públicos:

Duguit, citado por Jaime Vidal Perdomo⁵⁶, dice que “es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de ésta actividad es indispensable a la realización y el desarrollo de la interdependencia social y porque ella es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intención de la fuerza que gobierna”

Miguel Marienhoff⁵⁷, concibe al servicio público “no como toda actividad del Estado, sino como sólo una parte de la administración pública, cuando se ejercía para satisfacer necesidades de interés general, aunque de todas formas pensaba que el único que prestaba servicios públicos era el Estado”

Éste autor argentino, empieza a dejar de lado la clásica noción de servicio público, para adentrarse a la moderna noción de servicio público que acepta que los particulares presten servicios públicos, abandonando el Estado su monopolio de prestación de éste

⁵⁴ MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

⁵⁵ BERNAL PULIDO, C. (2005). *El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá. Letras Jurídicas.

⁵⁶ VIDAL PERDOMO, J. (1972). *Derecho administrativo*. Bogotá. Temis.

⁵⁷ MARIENHOFF, M. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Casa editorial.

tipo de servicios; y es que precisamente según lo ha reconocido la doctrina actual, no siempre lo público es estatal, sino que es necesario hacer una distinción entre lo público en manos del Estado y lo público no estatal.

Es así, que no debe comprenderse el servicio público como la única finalidad de la función administrativa, sino tal y como se evidenció en el capítulo I, existen otro tipo de actividades que realiza la administración pública, como por ejemplo la función de gobierno. Dicho de otro modo la administración pública tiene características propias independientemente si presta o no servicios públicos.

Se debe dejar sentado que la crisis presentada, para la concepción moderna de noción de servicio público, no se refiere a una crisis de los servicios públicos como tal, sino a la mala prestación de los mismos.

Ante ello, los Estados han buscado otras alternativas para garantizar la prestación de los mismos, en la Constitución ecuatoriana, por ejemplo, se han fusionado teorías clásicas y modernas, que acogen la responsabilidad del Estado, pero que también reconocen que los servicios públicos pueden ser prestados tanto por el Estado como por particulares, es por ello que me permito hacer un breve repaso, de nuestra normativa constitucional para acreditar lo manifestado.

- Artículo 11, numeral 9⁵⁸: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

⁵⁸ Constitución de la República: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

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

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

- Artículo 52.- “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

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

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

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

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

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

estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”

- Artículo 53.- “Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”.

- Artículo 54.- “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.”

- Artículo 85.- ⁵⁹“La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad...”

⁵⁹ Constitución de la República. Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

- Artículo 96.- “Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos...”
- Artículo 225.- “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.
- Artículo 260.- “El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.
- Artículo 264.- “Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley:... 4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley...”
- Artículo 267.- “Los gobiernos parroquiales rurales ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley:... 5. Gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados o descentralizados por otros niveles de gobierno.”
- Artículo 277.- “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:... 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.”
- Artículo 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.”

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

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

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”

- Artículo 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.”

- Artículo 318.- “...El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los

servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios...”

- Artículo 362.- “...Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.”

Queda clara, entonces la posición del Estado ecuatoriano, de garantizar servicios óptimos y de calidad a sus ciudadanos, asume la responsabilidad por la prestación de tales servicios, pero también permite que dichos servicios sean prestados a través del mismo estado, empresas públicas, mixtas, comunitarias y en forma excepcional a la iniciativa privada.

Referente a las formas de prestación de servicios públicos, el Dr. Herman Jaramillo⁶⁰ nos presenta la siguiente clasificación:

1. Servicios públicos prestados por la administración central, institucional o seccional: Aquella que realiza el estado de una manera directa para satisfacer las necesidades de carácter general.
2. Servicios prestados por empresas públicas: Creadas por el mismo Estado para la prestación de servicios.
3. Servicios públicos prestados por administración delegada: Un particular a nombre de las entidades del sector público, asume la prestación de servicios públicos.

2.2. Servidores Públicos.

El artículo 229 de la Constitución de la República nos consigna la siguiente definición: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

⁶⁰ JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja. Editorial Universitaria.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.”

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público al respecto manifiesta: “Servidoras y servidores públicos.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.”

La normativa legal consignada nos permite distinguir entre Funcionarios, empleado público y trabajador.

FUNCIONARIO: Del concepto propio de la palabra se puede señalar que “funcionario público es aquel al que se le ha conferido una función⁶¹.”

El doctrinario Dante Cervantes, define al funcionario público como “toda aquella persona que en mérito de una designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público⁶².”

Rafael Bielsa, en su conocida obra Principios de Derecho Administrativo, define al funcionario en los siguientes términos: “Funcionario Público es la persona que por virtud

⁶¹ GOODNOW, F. (s/fecha). *Derecho Administrativo comparado*. Madrid. La Moderna.

⁶² CERVANTES ANAYA, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Rodhas.

de designación especial de un órgano del Estado se obliga a realizar una actividad jurídica, dentro de una esfera de competencia, en la que declara o expresa voluntad del Estado, y la cumple o la hace cumplir⁶³.”

En base a lo expuesto, puede concluir que funcionario es aquella persona designada o elegida por votación popular, que tiene un encargo especial transmitido en principio por la Constitución y la ley, con carácter representativo.

EMPLEADO: Guillermo Cabanellas lo define como: “funcionario técnico o profesional que presta su actividad al gobierno para la realización de fines público...”

Orlando, citado por Dante Cervantes, concibe al empleado como: “todo aquel que tiene como obligación poner su actividad al servicio del Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto y, además, hace de la prestación del servicio público una profesión, dedicando a ella de un modo permanente su actividad física e intelectual a fin de proporcionarse medios de subsistencia económica”

Empleado, entonces, es quien presta sus servicios con el carácter de permanente y estable en el cargo, que recibe una remuneración del Estado.

TRABAJADOR: El artículo 9 del Código de Trabajo, consigna el siguiente concepto de trabajador: “La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.”

Guillermo Cabanellas⁶⁴, lo define como “Quien trabaja, todo aquel que realiza una labor socialmente útil. Obrero; el que realiza una tarea manual. Jornalero...”

Tanto la Constitución, cuanto la Ley Orgánica del Servicio Público y Código de Trabajo determinan expresamente que únicamente los trabajadores se someten a la normativa del Código de Trabajo, los demás deben someterse a la Ley Orgánica de Servicio Público y su reglamento.

⁶³ BIELSA, R. (1963). *Principios de Derecho Administrativo*. Depalma.

⁶⁴ CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

El artículo 4 de la ley orgánica del servicio público, define a los servidores públicos, así: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.”

Para ingresar al servicio público, según el artículo 5 del antes mencionado cuerpo legal, se requiere:

- a) Ser mayor de 18 años y estar en el pleno ejercicio de los derechos previstos por la Constitución de la República y la Ley para el desempeño de una función pública;
- b) No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga proceso de concurso de acreedores y no hallarse en estado de insolvencia fraudulenta declarada judicialmente;
- c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos;
- d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica y demás competencias exigibles previstas en esta Ley y su Reglamento;
- e) Haber sufragado, cuando se tiene obligación de hacerlo, salvo las causas de excusa previstas en la Ley;
- f) No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el Artículo 9 de la presente Ley;
- g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente:
 - g.1.- Autorización para levantar el sigilo de sus cuentas bancarias;
 - g.2.- Declaración de no adeudar más de dos pensiones alimenticias; y,
 - g.3.- Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones prevista en la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente.
- h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; e,

i) Los demás requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley.

Dentro de éste artículo se hace referencia especial La que las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación.

Así las cosas, se puede afirmar entonces que la calidad de servidor público se adquiere luego de cumplir los requisitos antes mencionados; superar las pruebas de selección y, en su caso, los cursos de formación que sean procedentes; de obtener el nombramiento conferido por la autoridad competente; y, luego de tomar posesión dentro del plazo legal (15 días).

La pérdida de la calidad de servidor público se produce en los siguientes casos:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;
- b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente;
- c) Por supresión del puesto;
- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada;
- e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción;
- f) Por destitución;
- g) Por revocatoria del mandato;
- h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición;
- i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización;
- j) Por acogerse al retiro por jubilación;
- k) Por compra de renuncias con indemnización;
- l) Por muerte; y,
- m) En los demás casos previstos en esta ley.

2.2.1. Derechos y Deberes del servidor público.

2.2.1.1. Derechos del servidor público.

El artículo 229 de la Constitución, antes citado señala que serán servidores públicos todas las personas que a cualquier título o forma trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Expresamente manifiesta que los derechos de las y los servidores públicos son irrenunciables. Determinando además que la Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, RÉGIMEN DISCIPLINARIO, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

El mismo artículo, hace una clara diferencia entre servidores y trabajadores en base a la Ley que los rige.

La normativa analizada tiene concordancia con el artículo 225 de la misma carta magna, que nos indica con claridad las instituciones que comprenden el sector público:

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

La Asamblea Nacional, en pleno acatamiento de los dispuesto por la Ley Suprema del república, aprueba la ley Orgánica del Servicio Público, cuyos considerandos hacen referencia a los artículos antes mencionados, determinan con claridad quienes serán

considerados como servidores públicos, pertenecientes a que instituciones y bajo la norma que se deberán regir, literalmente, expone lo siguiente:

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Capítulo Séptimo del Título IV, dispone que la administración pública constituye un servicio a la colectividad, y se señala las instituciones que integran el sector público y las personas que tienen la calidad de servidoras y servidores públicos;

Que, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional codificó la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público - LOSCCA, cuyo texto fue publicado en el Registro Oficial No, 16 de 12 de mayo de 2005;

Que, el numeral 16 del artículo 326 de la Constitución de la República dispone que en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública.

Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo;

Que, el artículo 229 de la Constitución de la República establece que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia;

Que, es necesario que todas las servidoras y servidores de las instituciones y organismos que conforman el sector público se rijan por la Ley que regula el servicio público;

Que, es necesario corregir el desorden remunerativo y los desfases en materia de recursos humanos provocados por las excepciones de la Ley vigente y la falta de claridad y efectividad en la aplicación de la norma jurídica; por lo que se requiere su planificación, organización y regulación por parte de la entidad rectora de los recursos humanos y remuneraciones del sector público;

Que, la organización de las instituciones del Estado, debe estar regulada por normas de aplicación general para que, en virtud de su cumplimiento, respondan a las exigencias de la sociedad, brindando un servicio público eficaz, eficiente y de calidad;

Que, es necesario sustituir la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y expedir una Ley que regule el servicio público, a fin de contar con normas que respondan a las necesidades del recurso humano que labora en las instituciones y organismos del sector público; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente.

LEY ORGANICA DEL SERVICIO PÚBLICO”

Se evidencia claramente la intención del legislador que todas las y los servidores que integran las instituciones y organismos del sector público se rijan por la Ley Orgánica del Servicio Público.

La misma ley consigna como su objetivo el propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

Según Guillermo Cabanellas⁶⁵, derecho es “...Como repertorio sintético de sus acepciones usadas indicaremos que derecho, según los casos significa: facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal. Potestad de hacer o exigir cuanto la Ley o autoridad establece a nuestro favor , o lo permitido por el dueño de una cosa...”

Y dentro de los derechos de las servidoras y los servidores públicos, en su artículo 23 menciona los siguientes:

- a) Gozar de estabilidad en su puesto;
- b) Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables;
- c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;
- d) Ser restituidos a sus puestos luego de cumplir el servicio cívico militar; este derecho podrá ejercitarse hasta treinta días después de haber sido licenciados de las Fuerzas Armadas;
- e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley;
- f) Asociarse y designar a sus directivas en forma libre y voluntaria;
- g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley;
- h) Ser restituidos en forma obligatoria, a sus cargos dentro del término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia o resolución, en caso de que la autoridad competente haya fallado a favor del servidor suspendido o destituido; y, recibir de haber sido declarado nulo el acto administrativo impugnado, las remuneraciones que dejó de percibir, más los respectivos intereses durante el tiempo que duró el proceso judicial respectivo si el juez hubiere dispuesto el pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá que deberán computarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo;

⁶⁵ Ibídem

- i) Demandar ante los organismos y tribunales competentes el reconocimiento o la reparación de los derechos que consagra esta Ley;
- j) Recibir un trato preferente para reingresar en las mismas condiciones de empleo a la institución pública, a la que hubiere renunciado, para emigrar al exterior en busca de trabajo, en forma debidamente comprobada;
- k) Gozar de las protecciones y garantías en los casos en que la servidora o el servidor denuncie, en forma motivada, el incumplimiento de la ley, así como la comisión de actos de corrupción;
- l) Desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar;
- m) Reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad, contemplando el período de recuperación necesaria, según prescripción médica debidamente certificada;
- n) No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos;
- ñ) Ejercer el derecho de la potencialización integral de sus capacidades humanas e intelectuales;
- o) Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social;
- p) Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública;
- q) Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades; y,
- r) Los demás que establezca la Constitución y la ley.

La estabilidad de su puesto o la inamovilidad es uno de los derechos de rigor de los empleados, la servidora o el servidor público no puede ser depuesto de su puesto, por

la voluntad del gobierno, sino después de una resolución, que siguiendo el debido proceso, ponga término al sumario administrativo o expediente de juzgamiento, llevado a cabo por la misma administración en base al principio de autotutela administrativa, respecto a éste tema, se lo analizará con profundidad más adelante.

2.2.1.2. Deberes del servidor público.

Según Orlando, citado por Dante Cervantes⁶⁶, “el empleado debe conservar moralidad y decoro propios del cargo y si esto no debe implicar nunca que el empleado esté sujeto a inquisición por su vida íntima y familiar, si debe suponer que la Administración Pública intervenga en todos aquellos casos en que por haber dado lugar a graves escándalos públicos eche sobre el cargo el descrédito más grande, perdiendo por completo la autoridad y prestigio de que debe rodearse”

Es lógico pensar entonces, que además el empleado debe cumplir a cabalidad con las tareas a él recomendadas por la administración.

Guillermo Cabanellas⁶⁷, define el deber como: “Como verbo, estar obligado. Adeudar...Necesidad moral de una acción u omisión impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano...”

Nuestra Ley Orgánica de Servicio Público, en su artículo 22, describe los deberes de las y los servidores públicos:

- a) Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la Ley;
- b) Cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez, solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades;

⁶⁶ CERVANTES ANAYA, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Rodhas.

⁶⁷ CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

- c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley;
- d) Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. El servidor público podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley;
- e) Velar por la economía y recursos del Estado y por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes en general confiados a su guarda, administración o utilización de conformidad con la ley y las normas secundarias;
- f) Cumplir en forma permanente, en el ejercicio de sus funciones, con atención debida al público y asistirlo con la información oportuna y pertinente, garantizando el derecho de la población a servicios públicos de óptima calidad;
- g) Elevar a conocimiento de su inmediato superior los hechos que puedan causar daño a la administración;
- h) Ejercer sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión;
- i) Cumplir con los requerimientos en materia de desarrollo institucional, recursos humanos y remuneraciones implementados por el ordenamiento jurídico vigente;
- j) Someterse a evaluaciones periódicas durante el ejercicio de sus funciones; y,
- k) Custodiar y cuidar la documentación e información que, por razón de su empleo, cargo o comisión tenga bajo su responsabilidad e impedir o evitar su uso indebido, sustracción, ocultamiento o inutilización.

De éste listado de deberes, claramente se determina la estrecha relación entre servidor y Estado, desde el momento mismo en que éste asume su cargo.

El artículo 233 de la Constitución de la República, establece la responsabilidad de los servidores públicos en cumplimiento de sus funciones, en los siguientes términos: “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.”

Respecto a la responsabilidad administrativa, se refiere a la sanción que corresponda de acuerdo a la ley Orgánica de servicio Público; la responsabilidad indemnizatoria civil por el daño o perjuicio ocasionado al usuario reclamante; y la penal, de conformidad a lo previsto en el Código Penal ecuatoriano.

La Ley orgánica de servicio público, señala en su artículo 24 las prohibiciones a las y los servidores públicos:

- a) Abandonar injustificadamente su trabajo;
- b) Ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente Ley;
- c) Retardar o negar en forma injustificada el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo a las funciones de su cargo;
- d) Privilegiar en la prestación de servicios a familiares y personas recomendadas por superiores, salvo los casos de personas inmersas en grupos de atención prioritaria, debidamente justificadas;
- e) Ordenar la asistencia a actos públicos de respaldo político de cualquier naturaleza o utilizar, con este y otros fines, bienes del Estado;

- f) Abusar de la autoridad que le confiere el puesto para coartar la libertad de sufragio, asociación u otras garantías constitucionales;
- g) Ejercer actividades electorales, en uso de sus funciones o aprovecharse de ellas para esos fines;
- h) Paralizar a cualquier título los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de hidrocarburos y sus derivados; transportación pública, saneamiento ambiental, bomberos, correos y telecomunicaciones;
- i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos;
- j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;
- k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito;
- l) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución;
- m) Negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos; y,
- n) Nota: Inciso omitido en la secuencia del texto.

ñ) Las demás establecidas por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos.

2.3. Régimen Disciplinario.

Enrique Sayagues Laso⁶⁸ , manifiesta: “La administración tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. Para lograrlo es necesario que pueda exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas. Dentro del régimen estatutario que regula la función pública, ese poder jurídico es de principio. Tal es el fundamento de las potestades disciplinarias de la administración. Con éste punto de partida la consecuencia lógica es la discrecionalidad en el ejercicio de los poderes disciplinarios. De ahí que proceda a aplicar sanciones por cualesquiera faltas a los deberes funcionarios, sin necesidad que el hecho este previamente tipificado como punible. Por lo mismo la enumeración de hechos punibles realizados por vía reglamentaria, no tiene carácter taxativo, pudiéndose sancionar discrecionalmente las faltas no previstas, a menos que los textos consagren en forma expresa la solución contraria”

Partiendo de ésta aseveración el régimen disciplinario es parte del sistema de administración del personal, que busca determinar la existencia de faltas de servicio e incumplimientos de parte de los funcionarios públicos, cuyo objeto es asegurar la calidad y eficacia en la prestación de servicios públicos.

Es decir, el Estado, tiene facultad disciplinaria, basado en las potestades disciplinarias de la administración, para imponer sanciones por las faltas que cometan las y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones; así como también, se constituye en una garantía fundamental para que los empleados estatales no sean perseguidos con arbitrariedad por los jefes.

⁶⁸ SAYAGUÉS LASO, E. (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo. Bianchi Altuna.

“Esta garantía no existe, en plenitud, en el Derecho Laboral y se relaciona, especialmente, con el Derecho Penal, aunque no pertenece a esa rama sancionatoria pura del Derecho”.

Se ha hecho referencia también al poder disciplinario, que es “es la facultad de la Administración para aplicar sanciones, mediante un procedimiento especialmente establecido a esos efectos, con el fin de mantener el orden y correcto funcionamiento del servicio a su cargo”

Se debe recordar lo dispuesto en la Constitución, en su artículo 223: “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.”

Y, en la ley Orgánica del servicio público, en el artículo 41 se define la responsabilidad administrativa: “La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho.

La sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso.”

Esta disposición se encuentra en concordancia con su Reglamento, que en el artículo 78 expresa: “En el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria y sin perjuicio de

las responsabilidades administrativas, civiles, o indicios de responsabilidad penal en las que pudiere incurrir la o el servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones previstas en la LOSEP, este Reglamento General, normas conexas y los reglamentos internos de cada institución que regulan sus actuaciones, la o el servidor será sancionado disciplinariamente conforme a las disposiciones establecidas en el Capítulo 4 del Título III de la LOSEP y en el presente Reglamento General. Las sanciones se impondrán de conformidad con la gravedad de la falta.”

Así las cosas, la responsabilidad de las y los servidores públicos es consecuencia del régimen disciplinario, quienes deben cumplir sus funciones, so pena de ser sancionados con una pena, por el incumplimiento de sus deberes.

Se evidencia como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se determina que la sanción administrativa se impondrá respetando las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa.

El derecho disciplinario, lamentablemente no ha desarrollado sus propios principios como en el caso del derecho penal, sine embargo de ello, es menester recordar lo manifestado por el profesor García de Enterría, en su obra que tantas veces se ha hecho mención: “La aplicación de las sanciones disciplinarias, como en todo proceso, debe obedecer a criterios científicos y no a supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, no a simples presunciones, sino a pruebas legalmente producidas y no desplazando al reo la carga de probar su inocencia, evitar los procedimientos contradictorios, garantizando los recursos, y ante todo estudiando cuidadosamente la responsabilidad del funcionario o empleado acusado de la falta disciplinaria⁶⁹”

Con estos antecedentes se puede mencionar como principios y derechos del régimen disciplinario, los siguientes:

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Tomson Civitas.

- *Principio de Legalidad*: “Tiene una doble vertiente: por una parte, no hay infracción ni sanción administrativa posibles sin ley que las determine, de una manera previa; en segundo término esa previsión legal, que tiene aquí, además, el carácter propio de la legalidad que no es conocido, la atribución a la administración de potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de la ley formal⁷⁰”, es decir la infracción y la sanción deben estar previstas en la ley con anterioridad a la acción u omisión.
- *Principio del injusto típico*: se refiere a la delimitación concreta de las acciones u omisiones prohibidas por la ley, limitando la competencia sancionatoria de la administración a los casos previamente determinados.
- *Principio de protección del honor y de la dignidad del funcionario y Presunción de inocencia*: Pues debemos recordar que toda persona es inocente, mientras no se compruebe lo contrario mediante sentencia ejecutoriada, como resultado de un juicio, además es la administración quien debe recabar las pruebas que determinen la responsabilidad del funcionario,
- *Principio del debido proceso*: Toda sanción que se imponga a un servidor público debe ir precedida de un procedimiento regular previsto en la ley que cumpla con un mínimo de garantías para el funcionario inculpado. El artículo 76 de nuestra Constitución manifiesta: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

⁷⁰ Ibídem

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.
- *Principio NON BIS IN IDEM*: Nadie puede ser juzgado dos veces por la misma falta disciplinaria. En nuestro ordenamiento se encuentra previsto dentro de las garantías del debido proceso.
 - *Del Derecho a la defensa*: En toda investigación disciplinaria, el servidor acusado, tiene derecho a conocer el informe y las pruebas que se aleguen en su contra, a presentar pruebas que permitan demostrar su inocencia, a ser representado por un abogado defensor. Principio constitucional previsto también dentro del debido proceso.
 - *Proporcionalidad entre la sanción y la falta*: la relación que debe existir entre la infracción administrativa y la sanción impuesta.

2.2.1 Sumario Administrativo.

El artículo 44 de la ley orgánica del servicio público, lo define así: “Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual la administración pública determinará o no el cometimiento, de las faltas administrativas establecidas en la presente Ley, por parte de

una servidora o servidor público. Su procedimiento se normará en el Reglamento General de esta Ley.

El sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor.

De determinarse responsabilidades administrativas, se impondrán las sanciones señaladas en la presente Ley. De establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competentes”.

El reglamento a ésta ley se pronuncia en los siguientes términos:

“Art. 80.- Sanciones Disciplinarias.- Todas las sanciones disciplinarias determinadas en el artículo 43 de la LOSEP, serán impuestas por la autoridad nominadora o su delegado, y ejecutadas por la UATH, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Reglamento General.

Todas sanciones administrativas que se impongan a las o los servidores serán incorporadas a su expediente personal y se registrarán en el sistema informático integrado del talento humano y remuneraciones, administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Si la o el servidor en el ejercicio de sus funciones cometiere dos o más faltas simultáneas, se aplicará la sanción que corresponda a la más grave”.

Se comprueba que las normas previstas están en consonancia con lo dispuesto en la Constitución al insistir en el respeto a los derechos y principios que garanticen el proceso administrativo.

Pero las normas antes señaladas, también hacen referencia a las faltas disciplinarias, que en nuestro ordenamiento jurídico, de manera expresa se encuentran contenidas en los cuerpos legales antes mencionados. Conceptualizándolas de la siguiente forma: “Se considera faltas disciplinarias aquellas acciones u omisiones de las servidoras o servidores públicos que contravengan las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en la República y esta ley, en lo atinente a derechos y prohibiciones

constitucionales o legales. Serán sancionadas por la autoridad nominadora o su delegado.”

Las faltas disciplinarias se clasifican en:

a.- Faltas leves.- Son aquellas acciones u omisiones realizadas por descuidos o desconocimientos leves, siempre que no alteren o perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público.

Se considerarán faltas leves, salvo que estuvieren sancionadas de otra manera, las acciones u omisiones que afecten o se contrapongan a las disposiciones administrativas establecidas por una institución para velar por el orden interno, tales como incumplimiento de horarios de trabajo durante una jornada laboral, desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral; salidas cortas no autorizadas de la institución; uso indebido o no uso de uniformes; desobediencia a instrucciones legítimas verbales o escritas; atención indebida al público y a sus compañeras o compañeros de trabajo, uso inadecuado de bienes, equipos o materiales; uso indebido de medios de comunicación y las demás de similar naturaleza.

Las faltas leves darán lugar a la imposición de sanciones de amonestación verbal, amonestación escrita o sanción pecuniaria administrativa o multa.

b.- Faltas graves.- Son aquellas acciones u omisiones que contraríen de manera grave el ordenamiento jurídico o alteraren gravemente el orden institucional. La sanción de estas faltas está encaminada a preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por las servidoras y servidores públicos y se encuentran previstas en el artículo 48 de la ley orgánica de servicio público⁷¹.

⁷¹ Ley Orgánica de Servicio Público. Artículo 48: Causales de destitución.- Son causales de destitución:

- a) Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato y la Unidad de Administración del Talento Humano;
- b) Abandono injustificado del trabajo por tres o más días laborables consecutivos;
- c) Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de esta Ley;
- d) Recibir cualquier clase de dádiva, regalo o dinero ajenos a su remuneración;
- e) Ingerir licor o hacer uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los lugares de trabajo;
- f) Injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o proferir insultos a compañeras o compañeros de trabajo, cuando éstas no sean el resultado de provocación previa o abuso de autoridad;

La reincidencia del cometimiento de faltas leves se considerará falta grave.

Las faltas graves darán lugar a la imposición de sanciones de suspensión o destitución, previo el correspondiente sumario administrativo.

En todos los casos, se dejará constancia por escrito de la sanción impuesta en el expediente personal de la servidora o servidor.

En el Reglamento a la Ley de servicio público, también encontramos disposiciones referentes a las faltas disciplinarias:

- **Art. 80.- Sanciones Disciplinarias.-** Todas las sanciones disciplinarias determinadas en el artículo 43 de la LOSEP, serán impuestas por la autoridad nominadora o su delegado, y ejecutadas por la UATH, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Reglamento General.

Todas sanciones administrativas que se impongan a las o los servidores serán incorporadas a su expediente personal y se registrarán en el sistema informático integrado del talento humano y remuneraciones, administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Si la o el servidor en el ejercicio de sus funciones cometiere dos o más faltas simultáneas, se aplicará la sanción que corresponda a la más grave.

-
- g) Asistir al trabajo bajo evidente influencia de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas;
 - h) Incurrir durante el lapso de un año, en más de dos infracciones que impliquen sanción disciplinaria de suspensión, sin goce de remuneración;
 - i) Suscribir, otorgar, obtener o registrar un nombramiento o contrato de servicios ocasionales, contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
 - j) Incumplir los deberes impuestos en el literal f) del Artículo 22 de esta Ley o quebrantar las prohibiciones previstas en el literal d) a la n) del Artículo 24 de esta Ley;
 - k) Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
 - l) Realizar actos de acoso o abuso sexual, trata, discriminación o violencia de cualquier índole en contra de servidoras o servidores públicos o de cualquier otra persona en el ejercicio de sus funciones, actos que serán debidamente comprobados;
 - m) Haber obtenido la calificación de insuficiente en el proceso de evaluación del desempeño, por segunda vez consecutiva;
 - n) Ejercer presiones e influencias, aprovechándose del puesto que ocupe, a fin de obtener favores en la designación de puestos de libre nombramiento y remoción para su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
 - ñ) Atentar contra los derechos humanos de alguna servidora o servidor de la institución, mediante cualquier tipo de coacción, acoso o agresión; y,
 - o) Las demás que establezca la Ley.

- **Art. 81.-** De faltas leves.- Son aquellas acciones u omisiones realizadas por error, descuido o desconocimiento menor sin intención de causar daño y que no perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público.

Las faltas leves son las determinadas en el artículo 42 de la LOSEP y en los reglamentos internos, por afectar o contraponerse al orden interno de la institución, considerando la especificidad de su misión y de las actividades que desarrolla.

Los reglamentos internos en cumplimiento con lo dispuesto en el inciso anterior, conforme a la valoración que hagan de cada una de las faltas leves, determinarán la sanción que corresponda, pudiendo ser amonestación verbal, amonestación escrita y sanción pecuniaria administrativa.

- **Art. 86.-** De las faltas graves.- Son aquellas acciones u omisiones que contrarían gravemente el orden jurídico o que alteran gravemente el orden institucional, su cometimiento será sancionado con suspensión temporal sin goce de remuneración o destitución y se impondrá previa la realización de un sumario administrativo.

Con conocimiento expreso de las faltas disciplinarias entonces es menester describir el procedimiento del sumario administrativo.

- ACCIONES PREVIAS: Antes de dar inicio al sumario administrativo se deberán cumplir con las siguientes acciones previas:

1. Cuando viniere en conocimiento de una autoridad, funcionario o servidor la presunción de la comisión de una falta disciplinaria grave por parte de la o el servidor de la institución, tal información será remitida a la UATH para el estudio y análisis de los hechos que presuntamente se imputan;

2. Conocido y analizado por la UATH estos hechos, en el término de tres días informará a la autoridad nominadora o su delegado sobre la procedencia de iniciar el sumario administrativo, consignando los fundamentos de hecho y de derecho y los documentos de respaldo, en el caso que hubiere lugar, dicho informe no tendrá el carácter de vinculante; y,

3. Recibido el informe, la autoridad nominadora o su delegado mediante providencia, dispondrá a la UATH, de ser el caso, el inicio del sumario administrativo, en el término de 5 días⁷².

- INICIO DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO: la autoridad nominadora expedirá la respectiva providencia de inicio del sumario administrativo.

A partir de la recepción de la providencia de la autoridad nominadora o su delegado en la que dispone se dé inicio al sumario administrativo, el titular de la UATH o su delegado levantará el auto de llamamiento a sumario administrativo en el término de 3 días, que contendrá:

a.- La enunciación de los hechos materia del sumario administrativo y los fundamentos de la providencia expedida por la autoridad nominadora;

b.- La disposición de incorporación de los documentos que sustentan el sumario;

c.- El señalamiento de 3 días para que el servidor dé contestación a los hechos planteados que sustentan el sumario;

d.- El señalamiento de la obligación que tiene el servidor de comparecer con un abogado y señalar casillero judicial para futuras notificaciones a fin de ejercer su derecho de defensa; y,

e.- La designación de Secretario Ad Hoc, quien deberá posesionarse en un término máximo de 3 días a partir de la fecha de su designación.

- DE LA NOTIFICACIÓN.- El auto de llamamiento a sumario será notificado por el Secretario Ad

Hoc en el término de un día, mediante una boleta entregada en su lugar de trabajo o mediante tres boletas dejadas en su domicilio o residencia constantes del expediente personal del servidor, conforme a las disposiciones generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, si no fuera posible ubicarlo en su puesto de trabajo, a la que se adjuntará toda la documentación constante del expediente, al cual se adjuntará toda la documentación que obrare del proceso.

Si el servidor o servidora se negare a recibir la notificación, se sentará la respectiva razón por parte del Secretario ad-hoc.

⁷² Art. 91 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público.

-DE LA CONTESTACIÓN.- Recibida la notificación la o el servidor, en el término de 3 días, contestará al planteamiento del sumario, adjuntando las pruebas de descargo que considere le asisten.

- DEL TÉRMINO DE PRUEBA.- Una vez vencido el término establecido en el artículo anterior, con la contestación de la o el servidor o en rebeldía, se procederá a la apertura del término de prueba por el término de 7 días, en el cual la o el servidor podrá solicitar se practiquen las pruebas que considere pertinente y la institución de estimarlo pertinente solicitar la incorporación de nuevos documentos o la práctica de otras pruebas que estimen pertinente.

- DE LA AUDIENCIA ORAL.- Vencido el término de prueba, se señalará día y hora en las cuales tenga lugar una audiencia oral, en la cual el solicitante del sumario o su delegado y el sumariado sustentarán las pruebas de cargo y de descargo de las que se crean asistidos. Dicha audiencia será convocada con por lo menos 24 horas de anticipación.

De lo actuado en la audiencia, se dejará constancia por escrito, mediante acta sucinta que contenga un extracto de lo actuado en la misma, suscrita por el titular de la UATH o su delegado, las partes si quisieren suscribirla, y el Secretario Ad Hoc que certificará la práctica de la misma.

-DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.- Concluida la audiencia oral, el titular de la UATH o su delegado, en el término máximo de 10 días, previo el análisis de los hechos y de las bases legales y reglamentarias, remitirá a la autoridad nominadora el expediente del sumario administrativo y un informe con las conclusiones y recomendaciones a que hubiera lugar, señalando, de ser el caso, la sanción procedente, dependiendo de la falta cometida, informe que no tendrá el carácter de vinculante para la posterior decisión de la autoridad nominadora o su delegado.

- DE LA SANCIÓN.- La autoridad nominadora, mediante providencia, dispondrá, de ser el caso, y de manera motivada, la aplicación de la sanción correspondiente, providencia que será notificada a la o el servidor sumariado, de haber señalado domicilio legal para el efecto, o, mediante una única boleta en su domicilio o lugar de residencia que conste del expediente personal.

El titular de la UATH o su delegado, elaborará la acción de personal en la que se registrará la sanción impuesta, la cual será notificada conjuntamente con la resolución del sumario administrativo.

Si la autoridad nominadora o su delegado, en su providencia final, determina que no existen pruebas suficientes para sancionar ordenará el archivo del sumario, sin dejar constancia en el expediente personal de la o el servidor sumariado.

Tanto nuestro reglamento como la Ley del Servicio público, son muy claras en manifestar que no se aceptará la renuncia del funcionario público investigado, si ésta se presentare durante la sustanciación del sumario administrativo, hasta la culminación del mismo.

2.2.2. Sanciones.

Guillermo Cabanellas⁷³, define a la sanción como: "... ADMINISTRATIVA: La medida penal que impone el poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos"

Es decir, es la consecuencia jurídica prevista frente una infracción administrativa.

Nuestro ordenamiento prevé las siguientes sanciones:

- Amonestación verbal: Llamado de atención de manera oral.
- Amonestación escrita: Cuando la servidora o servidor haya recibido, durante un mismo mes calendario, dos o más amonestaciones verbales.
- Sanción pecuniaria administrativa: Llamada también multa no excederá el monto del diez por ciento de la remuneración, y se impondrá por reincidencia en faltas leves en el cumplimiento de sus deberes.
- Suspensión temporal sin goce de remuneración: Se impondrá esta sanción en los siguientes casos:1. La reincidencia en el cometimiento de faltas leves que hayan recibido sanción pecuniaria administrativa dentro del período de un año

⁷³ CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.

calendario, será considerada falta grave y constituirán causal para sanción de suspensión temporal sin goce de remuneración o destitución, previa la instauración del sumario administrativo correspondiente: 2. Cuando se cometieren faltas graves; 3. la o el servidor podrá ser sancionado con suspensión temporal sin goce de remuneración, que no exceda de treinta días, cuando incumpliere con los deberes determinados en el artículo 22 o incurriere en las prohibiciones señaladas en el artículo 24 de la LOSEP; siempre y cuando el incumplimiento de tales deberes o prohibiciones no sea causal de destitución. La suspensión acarreará los efectos previstos en el artículo 88⁷⁴ del Reglamento de la Ley orgánica del servicio público.

- Destitución⁷⁵: La destitución de la o el servidor constituye la máxima sanción administrativa disciplinaria, dentro del servicio público y será impuesta

⁷⁴ Reglamento LOSEP: **Art. 88.**- Efectos de la suspensión.- La sanción de suspensión temporal sin goce de remuneración, tendrá los siguientes efectos para las y los servidores sancionados:

- a) No asistirán a su lugar de trabajo, ni ejercerán sus funciones durante el tiempo de la suspensión;
- b) No percibirán remuneración mensual unificada, durante el tiempo de la suspensión;
- c) Habrá lugar al pago de aportes patronales al IESS, sin embargo, la o el servidor suspendido deberá efectuar de su propio peculio, el pago por concepto de aporte individual;
- d) El Estado no generará el pago de fondos de reserva por el período de la suspensión;
- e) El período de la suspensión no será considerado para el pago de la décima tercera remuneración y décima cuarta remuneración;
- f) El período de la suspensión no será considerado para la concesión de vacaciones;
- g) El puesto podrá ser llenado provisionalmente, por el tiempo que dure la suspensión, si se presenta a necesidad institucional;
- h) No se considerará el período de la suspensión para efectos de devengación por formación o capacitación; e,
- i) No se autorizará el intercambio de puestos cuando uno de los servidores se encuentre suspendido.

⁷⁵ LOSEP. ART. 48. Causales de destitución.- Son causales de destitución:

- a) Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato y la Unidad de Administración del Talento Humano;
- b) Abandono injustificado del trabajo por tres o más días laborables consecutivos;
- c) Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de esta Ley;
- d) Recibir cualquier clase de dádiva, regalo o dinero ajenos a su remuneración;
- e) Ingerir licor o hacer uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los lugares de trabajo;
- f) Injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o proferir insultos a compañeras o compañeros de trabajo, cuando éstas no sean el resultado de provocación previa o abuso de autoridad;

únicamente por la autoridad nominadora o su delegado, en los casos señalados en el artículo 48 de la LOSEP, previo el cumplimiento del procedimiento del sumario administrativo.

Las sanciones se impondrán de acuerdo a la gravedad de las faltas, de conformidad al principio de proporcionalidad.

-
- g) Asistir al trabajo bajo evidente influencia de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas;
 - h) Incurrir durante el lapso de un año, en más de dos infracciones que impliquen sanción disciplinaria de suspensión, sin goce de remuneración;
 - i) Suscribir, otorgar, obtener o registrar un nombramiento o contrato de servicios ocasionales, contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
 - j) Incumplir los deberes impuestos en el literal f) del Artículo 22 de esta Ley o quebrantar las prohibiciones previstas en el literal d) a la n) del Artículo 24 de esta Ley;
 - k) Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
 - l) Realizar actos de acoso o abuso sexual, trata, discriminación o violencia de cualquier índole en contra de servidoras o servidores públicos o de cualquier otra persona en el ejercicio de sus funciones, actos que serán debidamente comprobados;
 - m) Haber obtenido la calificación de insuficiente en el proceso de evaluación del desempeño, por segunda vez consecutiva;
 - n) Ejercer presiones e influencias, aprovechándose del puesto que ocupe, a fin de obtener favores en la designación de puestos de libre nombramiento y remoción para su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
 - ñ) Atentar contra los derechos humanos de alguna servidora o servidor de la institución, mediante cualquier tipo de coacción, acoso o agresión; y,
 - o) Las demás que establezca la Ley.

CAPÍTULO TRES: LAS EMPRESAS PÚBLICAS.

3.1 Concepto.

3.2 Objetivos.

3.3 Régimen Disciplinario de las Empresas Públicas.

3.4 La autotutela en las empresas públicas.

3. Las Empresas Públicas.

Es menester iniciar este acápite con una reflexión en torno a ciertas normas constitucionales que clarificarán esta temática:

- **Art. 1.-** “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y **se gobierna de manera descentralizada.** La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.”

- **Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado:
 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
 2. Garantizar y defender la soberanía nacional.
 3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.

5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.
 6. PROMOVER EL DESARROLLO EQUITATIVO Y SOLIDARIO DE TODO EL TERRITORIO, MEDIANTE EL FORTALECIMIENTO DEL PROCESO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN.
 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.
 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.
- **Art. 227.-** La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, DESCONCENTRACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.
- **Art. 225.-** El sector público comprende:
1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
 3. LOS ORGANISMOS Y ENTIDADES CREADOS POR LA CONSTITUCIÓN O LA LEY PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ESTATAL, PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS O PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS ASUMIDAS POR EL ESTADO.
 4. LAS PERSONAS JURÍDICAS CREADAS POR ACTO NORMATIVO DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.
- **Art. 315.-** EL ESTADO CONSTITUIRÁ EMPRESAS PÚBLICAS PARA LA GESTIÓN DE SECTORES ESTRATÉGICOS, LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, EL APROVECHAMIENTO SUSTENTABLE DE RECURSOS NATURALES O DE BIENES PÚBLICOS Y EL DESARROLLO DE OTRAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS.

LAS EMPRESAS PÚBLICAS ESTARÁN BAJO LA REGULACIÓN Y EL CONTROL ESPECÍFICO DE LOS ORGANISMOS PERTINENTES, DE ACUERDO CON LA LEY; FUNCIONARÁN COMO SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO, CON PERSONALIDAD JURÍDICA, AUTONOMÍA FINANCIERA, ECONÓMICA, ADMINISTRATIVA Y DE GESTIÓN, CON ALTOS PARÁMETROS DE CALIDAD Y CRITERIOS EMPRESARIALES, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Se evidencia entonces como la descentralización, las empresas públicas y su autonomía están estrechamente vinculadas en nuestra carta Magna.

Se debe partir entonces, antes de abordar lo referente a las empresas públicas, de dos conceptos básicos: Descentralización y Autonomía.

“La descentralización supone que las decisiones que afecten a las regiones o localidades las adopten órganos ubicados allí mismo, de manera que el Estado se acerque más a los ciudadanos⁷⁶”

“La descentralización es una traslación de competencias de la administración directa a la indirecta del Estado. Y la administración indirecta se basa en la existencia de una

⁷⁶ MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

serie de personas jurídicas de derecho público que realizan actividad administrativa para el cumplimiento de fines públicos⁷⁷”

Para abundar en conceptos referentes a la descentralización, quiero hacer mías las palabras de la Corte Constitucional Colombiana, que en su sentencia C- 295 de 1995, manifiesta: “la descentralización administrativa obedece a una concepción política y a una técnica y modelo de organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público, lo cual implica la concreción o asunción, bajo un régimen de autonomía, por organismos que son personas jurídicas, de funciones o potestades propias del Estado o de actividades que comportan la actuación de éste en el campo de la actividad privada, o la gestión y satisfacción de necesidades regionales y locales”

De lo expuesto se puede concluir que la descentralización sólo se efectiviza cuando existe una verdadera autonomía; y cuando se habla de autonomía. Se debe referir a tres tipos de autonomía:

- Administrativa: La capacidad de la entidad para tomar decisiones por sí misma. Por ejemplo la posibilidad de celebrar contratos, de tomar decisiones sobre el personal (vinculaciones, desvinculaciones), de dictar reglamentos, etc.
- Financiera: Capacidad para organizar y disponer de sus recursos económicos propios.
- De personalidad jurídica: Capacidad para actuar en nombre propio, judicial y extrajudicialmente.

Entonces, doctrina mundial, y la legislación nacional, tal como se ha demostrado, coinciden en que la autonomía rige las empresas públicas como mecanismo de descentralizar los servicios prestados por el Estado a través de la administración pública.

3.1. Concepto.

⁷⁷ FERNANDO GARRIDO FALLA, citado por AUGUSTO TRUJILLO LÓPEZ (Descentralización, Regionalización y autonomía local). Bogotá.

Francisco José Figuerola⁷⁸ define a la empresa como “una unidad económica, y productiva que tiene una finalidad social y que persigue objetivos de tipo económico, en la que el capital, los instrumentos de trabajo, los recursos naturales, el trabajo y la dirección deben guardar una adecuada coordinación a fin de llevar a cabo una producción socialmente útil, de acuerdo con las exigencias del bien común”

Referente a empresas públicas, me permito consignar los criterios de insignes tratadistas, a continuación:

“Por empresa del Estado debe entenderse toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tienen a su cargo la prestación de servicios de esa índole⁷⁹”

“Denominamos empresa pública a toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no sólo estatal) de la economía”. Agrega que las “empresas del Estado constituyen otra modalidad de empresas del Estado. Son entidades descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial, organizadas bajo un régimen jurídico mixto, semiadministrativo y regidas alternativamente por el derecho público o por el derecho privado, según la naturaleza de sus actos⁸⁰”.

“El concepto de empresa pública carece de significado jurídico preciso, y a través de él solo puede expresarse que el Estado ha adoptado una política de intervención en el mercado, mediante distintas formas de organización que se asemejan a la empresa privada, pero ofrecen diferentes perfiles jurídicos, en función del grado de intervención en la economía que el Estado se propone. [...] Del mismo modo resulta redundante sostener que a través de su quehacer empresario, el Estado se propone la satisfacción

⁷⁸ FIGUEROLA F. (2000). *Empresas del Estado, Tomo T X. Enciclopedia Jurídica Omeba.*

⁷⁹ MARIENHOFF, M. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires. Casa editorial.

⁸⁰ DROMI, J. (1992). *Derecho Administrativo. Tomo I.* Buenos Aires. Astrea.

de fines públicos, por cuanto no es concebible una actividad estatal sin que persigan tales fines⁸¹.

Como concepto general de empresas públicas puedo expresar que es aquella que aunque de propiedad del Estado, administrada separadamente, parte de sus competencias, con una visión empresarial, sometiéndose a los parámetros e indicadores de eficiencia tal como lo determina el artículo 53 de la Constitución: “Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación...”. Ésta empresa estatal o pública además, es autónoma, independiente, creada de conformidad a la Ley, cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos.

De lo expuesto también se puede distinguir entre empresas públicas y privadas. Diferenciándose de las privadas, porque éstas, son financiadas por el Estado y su beneficio no es el particular sino el colectivo.

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

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

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada⁸².”

⁸¹ MATA, I. (2009). *Ensayos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ediciones RAP.

⁸² Artículo 4. Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Artículo que está en consonancia con el artículo 315⁸³ de la carta magna, antes ya señalado, y que nos presenta elementos y características definidas en torno a ellas:

- Persona jurídica de derecho público: Porque detenta derechos y obligaciones.
- Patrimonio propio: A más del asignado por el Estado, el que genere dicha empresa, sujetas al control del Estado.
- Dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión⁸⁴.
- Destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Tal como lo manifiesta el Doctor Gustavo Ortíz Hidalgo⁸⁵, “Las empresas públicas han sido concebidas para la prestación de servicios públicos y el desarrollo de actividades económicas. Funcionan como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica propia, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión; con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.”

⁸³ “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

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

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”

⁸⁴ Como ya se manifestó: Administrativa: La capacidad de la entidad para tomar decisiones por sí misma. Por ejemplo la posibilidad de celebrar contratos, de tomar decisiones sobre el personal (vinculaciones, desvinculaciones), de dictar reglamentos, etc. Financiera: Capacidad para organizar y disponer de sus recursos económicos propios. De personalidad jurídica: Capacidad para actuar en nombre propio, judicial y extrajudicialmente.

⁸⁵ Gustavo Ortíz Hidalgo <http://blogs.utpl.edu.ec/gortizhidalgo/2012/02/02/empresas-publicas/> (Consultado: 20/06/2012)

Creo conveniente consignar definiciones de empresas públicas consignadas en ordenamientos de países vecinos:

"Las entidades descentralizadas de la administración nacional que cumplen funciones de índole comercial, industrial o de prestación de servicios públicos de carácter similar⁸⁶"

“Son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes⁸⁷”.

En nuestro país las empresas públicas se manejan bajo los siguientes principios⁸⁸:

1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana;
2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste.
3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente;
4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos;
5. Precautelarse que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción;
6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.

Las empresas públicas se clasifican atendiendo a algunos factores específicos como capital, territorio, objeto, etc, que en nuestra legislación se encuentra plenamente considerado, así podemos reconocer las siguientes:

⁸⁶ Ley N° 13.653 que organiza el funcionamiento de empresas del Estado. Argentina.

⁸⁷ Ley 142 de 1994. Colombia.

⁸⁸ Artículo 3. Ley Orgánica de Empresas Públicas.

- POR EL TERRITORIO:

a. Nacionales: Aquellas en que el Estado Central tendrá la administración y control exclusivo sobre ellas, así lo dispone el artículo 261 de la Constitución: “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre:

1. La defensa nacional, protección interna y orden público.
2. Las relaciones internacionales.
3. El registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio.
4. La planificación nacional.
5. Las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento.
6. Las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda.
7. Las áreas naturales protegidas y los recursos naturales.
8. El manejo de desastres naturales.
9. Las que le corresponda aplicar como resultado de tratados internacionales.
10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.
11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.
12. *EL CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS NACIONALES.”*

b. Administradas por los GAD's: Su control y administración se encuentra como competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, entre los que se encuentran los Gobiernos Provinciales, Municipales y parroquiales, sustento que lo encontramos en las siguientes disposiciones legales:

- Art. 225. Constitución.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

- Art. 238.Constitución.- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

Art. 34.COOTAD- Atribuciones del consejo regional.- Son atribuciones del consejo regional las siguientes:

- a) El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado regional mediante la expedición de normas regionales dentro de su circunscripción territorial;
- b) Fiscalizar la gestión del gobernador o gobernadora regional, de acuerdo con las normas establecidas en el presente Código;
- c) Regular la aplicación de tributos previstos en la ley a favor de este gobierno, los mismos que se guiarán por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, transparencia y suficiencia;
- d) Crear, modificar, extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que preste y obras que ejecute;
- e) Expedir acuerdos o resoluciones, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado regional, para regular temas institucionales específicos o reconocer derechos particulares;
- f) Destituir, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes, al gobernador o gobernadora regional y consejeros o consejeras regionales que hubieren incurrido en una de las causales previstas en el estatuto de autonomía y este Código, con la observancia del debido proceso;

- g) Aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas regionales, según las disposiciones de la Constitución y la ley. La gestión, de los recursos hídricos será exclusivamente pública y comunitaria de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales;
- h) Podrán también ejercer la gestión hídrica empresas de economía mixtas, referidas a la gestión hidroeléctrica, garantizando el derecho humano al agua y la prohibición constitucional de no privatización;
- i) Conocer el plan operativo y presupuesto de las empresas públicas y mixtas del gobierno autónomo descentralizado regional, aprobado por el respectivo directorio de la empresa y consolidarlo en el presupuesto general del gobierno regional;
- j) Aprobar el plan regional de desarrollo y el de ordenamiento territorial formulados participativamente con la acción del consejo regional de planificación y las instancias de participación ciudadana, así como evaluar la ejecución de aquellos;
- k) Aprobar u observar el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado regional, que deberá guardar concordancia con el plan regional de desarrollo y con el de ordenamiento territorial; así como garantizar una participación ciudadana en el marco de la Constitución y la ley. De igual forma, aprobará u observará la liquidación presupuestaria del año inmediato anterior, con las respectivas reformas;
- l) Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el gobernador regional, conforme la ley;
- m) Aprobar, a pedido del gobernador o gobernadora, traspasos de partidas presupuestarias y reducciones de crédito, cuando las circunstancias lo ameriten;
- n) Autorizar la contratación de empréstitos destinados a financiar la ejecución de programas y proyectos previstos en el plan regional de desarrollo y de ordenamiento territorial, observando las disposiciones previstas en la Constitución, la ley y la normativa regional que se expida para el efecto;
- o) Designar de fuera de su seno al secretario del consejo regional, de la terna presentada por el o la gobernadora regional;
- p) Decidir la participación en mancomunidades o consorcios;
- q) Conformar las comisiones permanentes, especiales y técnicas que sean necesarias, respetando la proporcionalidad de la representación política y poblacional urbana y rural

existente en su seno, y ocasionales sugeridas por el gobernador o gobernadora regional;

r) Conceder licencias a los miembros del gobierno regional, que acumulados, no sobrepasen sesenta días. En el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada, podrá prorrogar este plazo;

s) Conocer y resolver los asuntos que le sean sometidos a su conocimiento por parte del gobernador o gobernadora regional:

t) Reformar el estatuto de autonomía regional con sujeción al proceso en él establecido y previo dictamen favorable de la Corte Constitucional;

u) Impulsar la implementación de un modelo de desarrollo integral para la circunscripción regional;

v) Designar, cuando corresponda a sus delegados en entidades, empresas u organismos colegiados;

w) Emitir políticas que contribuyan al desarrollo de las culturas de su territorio, de acuerdo con la

Constitución y las leyes sobre la materia; y,

x) Las demás que se establezcan en la ley y en su estatuto.

c. De manejo compartido: De manejo compartido entre el Estado central y los Gobiernos Autónomos descentralizados, tal como lo prevé el art. 5, numeral 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas: “La creación de empresas públicas se hará:

1. Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva;

2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y,

3. Mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso.

Las universidades públicas podrán constituir empresas públicas o mixtas que se someterán al régimen establecido en esta Ley para las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o al régimen societario, respectivamente. En la

resolución de creación adoptada por el máximo organismo universitario competente se determinarán los aspectos relacionados con su administración y funcionamiento.

Se podrá constituir empresas públicas de coordinación, para articular y planificar las acciones de un grupo de empresas públicas creadas por un mismo nivel de gobierno, con el fin de lograr mayores niveles de eficiencia en la gestión técnica, administrativa y financiera.

Las empresas públicas pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional.

La denominación de las empresas deberá contener la indicación de "EMPRESA PÚBLICA" o la sigla "EP", acompañada de una expresión peculiar.

El domicilio principal de la empresa estará en el lugar que se determine en su acto de creación y podrá establecerse agencias o unidades de negocio, dentro o fuera del país.

En el decreto ejecutivo, acto normativo de creación, escritura pública o resolución del máximo organismo universitario competente, se detallarán los bienes muebles o inmuebles que constituyen el patrimonio inicial de la empresa (sic), y en un anexo se listarán los muebles o inmuebles que forman parte de ese patrimonio.”

- POR EL CAPITAL:

Después de una revisión minuciosa de la Ley Orgánica de Empresas Públicas me permito consignar la siguiente clasificación de las empresas públicas, en razón del capital.

- a. Dominio total del estado: El aporte del Estado es del cien por ciento, por tanto tiene el control total de la empresa.
- b. Mixtas: La posibilidad de invertir en empresas con capital privado, en que según disposición legal, el Estado debe poseer la mayoría accionaria.

Así se prevé en la Constitución de la república, en sus artículos:

Artículo 315: El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de

recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

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

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Artículo 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.

- POR EL OBJETO:

Nuestro ordenamiento jurídico determina que las empresas públicas se constituirán la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas, esto es lo que se contempla en los siguientes articulados:

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

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

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

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

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

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

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

Es necesario recordar las palabras del profesor colombiano Fabián Marín⁸⁹, citando a Duguit, cuando manifiesta que “servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y el desarrollo de la interdependencia social y porque ella es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza que gobierna”

La doctrina mundial en éste contexto presenta la siguiente clasificación, misma que lamentablemente no se considera expresamente en nuestra legislación:

- a. Empresas de servicios públicos no domiciliarios: Son aquellas empresas que como su nombre lo dice no prestan servicios domiciliarios, sino atienden otro tipo de servicios necesarios para la ciudadanía como por ejemplo, transporte de personas, carga, correos, etc. En el Ecuador se puede citar la empresa de Correos, Tame, entre otras.
- b. Empresas de servicios públicos domiciliarios: Aquellas que prestan servicios de agua, luz, alcantarillado, aseo, telefonía, etc. En el Ecuador, generalmente, éste tipo de servicios lo prestan los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Así se encuentra previsto en el ordenamiento nacional, específicamente en el COOTAD⁹⁰, Constitución⁹¹.

⁸⁹ MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

⁹⁰ Art. 55.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley;

a) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad;

- c. Empresas Públicas productoras de bienes: Acojo el criterio del tratadista colombiano Carlos Pachón Lucas⁹², es “una modalidad de entidad descentralizada creada o autorizada por la ley para el cumplimiento de actividades industriales y de comercialización de bienes y servicios. En el cumplimiento de su objeto, las actividades contractuales se rigen por el derecho privado, con las salvedades definidas por el legislador. Está dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente”
- Ejemplos de éstas en nuestro país: cementera nacional, empresa nacional minera, de fármacos, etc.
- d. De manejo de sectores estratégicos: El artículo 313 de nuestra Constitución define los sectores estratégicos, así: 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.

b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón;

c) Planificar, construir y mantener la vialidad urbana;

d) Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley;

e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras;

f) Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte terrestre dentro de su circunscripción cantonal;

g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley;

h) Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines;

i) Elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales;

j) Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley;

k) Preservar y garantizar el acceso efectivo de las personas al uso de las playas de mar, riberas de ríos, lagos y lagunas;

l) Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras;

m) Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios; y,

n) Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.

⁹¹ 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.

⁹² PACHÓN LUCAS, C. (2010). *Diccionario de la Administración Pública*. Bogotá. Temis.

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.

3.2. Objetivos.

La misma ley Orgánica de empresas Públicas, determina con claridad los objetivos a cumplir por la Ley Orgánica de Empresas Públicas en nuestro país⁹³, éstos son:

1. Determinar los procedimientos para la constitución de empresas públicas que deban gestionar los sectores estratégicos con alcance nacional e internacional;
2. Establecer los medios para garantizar el cumplimiento, a través de las empresas públicas, de las metas fijadas en las políticas del Estado ecuatoriano, de conformidad con los lineamientos del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa;
3. Regular la autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión de las empresas públicas, con sujeción a los principios y normativa previstos en la Constitución de la República, en ésta y en las demás leyes, en lo que fueren aplicables;
4. Fomentar el desarrollo integral, sustentable, descentralizado y desconcentrado del Estado, contribuyendo a la satisfacción de las necesidades básicas de sus habitantes, a la utilización racional de los recursos naturales, a la reactivación y desarrollo del aparato productivo y a la prestación eficiente de servicios públicos con equidad social. Las empresas públicas considerarán en sus costos y procesos productivos variables socio-ambientales y de actualización tecnológica;

⁹³ Artículo 2. Ley Orgánica de Empresas Públicas.

5. Actuar en cumplimiento de los parámetros de calidad definidos por el Directorio y las regulaciones aplicables, con sujeción a criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales;
6. Proteger el patrimonio, la propiedad estatal, pública y los derechos de las generaciones futuras sobre los recursos naturales renovables y no renovables, para coadyuvar con ello el buen vivir;
7. Crear el marco jurídico adecuado para que el Estado establezca apoyos, subsidios u otras ventajas de carácter temporal, en beneficio de sectores económicos y sociales determinados;
8. Prevenir y corregir conductas que distorsionen las condiciones para la provisión de bienes y servicios y en general cualquier otro acuerdo o práctica concertada, escrita o verbal, oficial u oficiosa, entre dos o más agentes económicos, tendientes a impedir, restringir, falsear o distorsionar las condiciones de acceso de los usuarios a dichos bienes y servicios; y,
9. Establecer mecanismos para que las empresas públicas, actúen o no en sectores regulados abiertos o no a la competencia con otros agentes u operadores económicos, mantengan índices de gestión con parámetros sectoriales e internacionales, sobre los cuales se medirá su eficacia operativa, administrativa y financiera.

Interesante resulta por ejemplo en numeral 1 en que se señala la determinación de los procedimientos de constitución de las empresas, que se encuentra previsto en la misma ley, en su artículo 5:

1. Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva;
2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y,
3. Mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso.

Las universidades públicas podrán constituir empresas públicas o mixtas que se someterán al régimen establecido en esta Ley para las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o al régimen societario, respectivamente. En la

resolución de creación adoptada por el máximo organismo universitario competente se determinarán los aspectos relacionados con su administración y funcionamiento.

Se podrá constituir empresas públicas de coordinación, para articular y planificar las acciones de un grupo de empresas públicas creadas por un mismo nivel de gobierno, con el fin de lograr mayores niveles de eficiencia en la gestión técnica, administrativa y financiera.

Las empresas públicas pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional.

La denominación de las empresas deberá contener la indicación de "EMPRESA PÚBLICA" o la sigla "EP", acompañada de una expresión peculiar.

El domicilio principal de la empresa estará en el lugar que se determine en su acto de creación y podrá establecerse agencias o unidades de negocio, dentro o fuera del país.

En el decreto ejecutivo, acto normativo de creación, escritura pública o resolución del máximo organismo universitario competente, se detallaran los bienes muebles o inmuebles que constituyen el patrimonio inicial de la empresa (sic), y en un anexo se listarán los muebles o inmuebles que forman parte de ese patrimonio.

Así como también, importante para esta investigación, resulta lo manifestado en el numeral 3 en que expresamente se determina: “Regular la autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión de las empresas públicas, CON SUJECIÓN A LOS PRINCIPIOS y normativa previstos en la Constitución de la República, en ésta y en las demás leyes, en lo que fueren aplicables”, que importante señalamiento de regular la autonomía en base principios, tomando en consideración que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y justicia, lo que significa que es más un derecho de principios que de reglas.

Las empresas públicas están destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado, para ello la ley respectiva ha previsto los siguientes principios rectores, previstos en el artículo 3:

1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana;
2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste.
3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente;
4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos;
5. Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción;
- y,
6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.

3.3. Régimen Disciplinario de las Empresas Públicas.

El título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referente a la gestión del talento humano de las empresas públicas, en diecisiete artículos, regula el talento humano al que lo clasifica en:

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública: y,
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

El artículo 18 que contiene dicha clasificación, define como servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas, esto en conformidad con el artículo 229⁹⁴ y 225⁹⁵ de la Constitución de la República; sorprende el hecho que en el artículo 18⁹⁶ antes referido, así como también en el 17⁹⁷ de la misma

⁹⁴ Constitución de la República. “Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.”

⁹⁵ Constitución de la República. “Art. 225.- El sector público comprende:

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

⁹⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Art. 18.- NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION CON EL TALENTO HUMANO.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública; y,
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.

⁹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Art. 17.- NOMBRAMIENTO, CONTRATACION Y OPTIMIZACION DEL TALENTO HUMANO.- La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. Para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio.

El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas.

Ley, se hace referencia a que el talento humano en las empresas públicas, es decir, servidores y trabajadores se regularán por el Código de Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. A mi criterio a más de existir una vulneración del principio de autotutela de la administración pública, existe una contradicción legal, pues cuando se determina que se regularán por las leyes que rigen la administración pública, se entiende que debe ser regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público y no por el Código de trabajo como se determina no sólo en la ley orgánica de empresas públicas, sino inclusive en la Ley Orgánica de Servicio Público, cuando en su artículo 3⁹⁸, se

Por lo menos un cuatro por ciento del talento humano de las empresas públicas deberá ser personal con capacidades especiales acreditado por el Consejo Nacional de Discapacidades.

La autoridad nominadora previo informe motivado podrá realizar los cambios administrativos del personal dentro de una misma jurisdicción cantonal, conservando su nivel, remuneración y estabilidad. De tratarse de cambios administrativos a jurisdicciones distintas de la cantonal, se requerirá consentimiento expreso del obrero o servidor. En las empresas públicas se incorporará preferentemente a personal nacional para su desempeño en las áreas técnicas y administrativas.

El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de firmas externas especializadas realizará el control posterior (ex post) de la administración del recurso humano y remuneraciones conforme a las normas y principios previstos en esta Ley y las demás normas que regulan la administración pública.

El informe de dicha firma será puesto en conocimiento del Directorio, para que éste disponga las medidas correctivas que sean necesarias, de ser el caso.

⁹⁸ Ley Orgánica de Servicio Público. Art. 3.- Ámbito.- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

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

Todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios.

Las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se regirán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable.

En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este

contradice nuevamente pues en sus incisos primeros reproduce textualmente lo prescrito en el artículo 225⁹⁹ de la Constitución, sin embargo en su inciso final señala textualmente: “En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”, concepto en el cual se fundamentan las empresas públicas para regular el talento humano al margen de la Ley Orgánica de Servicio Público, dictando (sus directorios) la más variada nomenclatura y sentido jurídico, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 229 del de la Constitución “...Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”, e inclusive el principio de igual trabajo igual remuneración¹⁰⁰, pues son múltiples las diferencias remunerativas

cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas.

Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos. Respecto de los organismos establecidos en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación se observará lo previsto en la misma y esta ley en lo que fuere aplicable.

En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁹⁹ Constitución. Art. 225.- El sector público comprende:

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

¹⁰⁰ Constitución. “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
4. **A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración...**”

en la distintas empresas públicas, pues éstas son fijadas, como ya lo expresé antes, por el directorio de cada una.

Siguiendo con las incoherencias en la Ley de Empresas Públicas, sorprende el hecho de que en el artículo 19 de la misma Ley “MODALIDADES DE DESIGNACION Y CONTRATACION DEL TALENTO HUMANO.- Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley:

2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y,

3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre”; y, digo sorprende porque en lo previsto por la Ley Orgánica de empresas públicas se señala entonces la modalidad de designación y contratación del talento humano, es decir la forma de vinculación a la administración pública, mediante NOMBRAMIENTO para el personal de libre designación y remoción; NOMBRAMIENTO para los servidores públicos y el contrato individual de trabajo para los obreros, resalto la palabra nombramiento, pues ésta es una figura jurídico prevista en el derecho administrativo dentro del servicio público y carrera administrativa, es decir prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público.

Llama la atención, también, el artículo 32 de la Ley en estudio “SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título” este artículo evidentemente vulnera el principio de autotutela administrativa y autonomía de la administración, cuando determina que los conflictos de servidores públicos lo resolverán los jueces de trabajo y no la propia administración que tiene la capacidad para resolver sus conflictos.

Deja de lado el tan conocido y tradicional sumario administrativo, procedimiento que se prevé en la Ley Orgánica de Servicio Público para juzgar a los servidores públicos que incurrir en infracciones administrativas, posibilitando la destitución del funcionario. Según lo propuesto por la Ley Orgánica de Empresas públicas el trámite para extrañar de una institución, a un servidor público, sería mediante visto bueno, siendo competentes para ello los jueces de trabajo.

Tal como lo he planteado no comparto esta decisión de nuestros asambleístas, pues es una clara vulneración al principio de autotutela administrativa, autonomía de la administración; así como también permite discrecionalidad en la fijación de remuneraciones, violando el principio de igual trabajo igual remuneración.

3.4. La autotutela en las empresas públicas.

Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Ello implica que están revestidas de las prerrogativas y principios que rigen la administración pública.

Se debe partir del concepto de autonomía antes analizado, autonomía que según la Constitución está referida a los siguientes aspectos: Financiero, presupuestaria, económica, de gestión y del tema que nos interesa administrativa. La autonomía administrativa se refiere a la capacidad de la entidad para tomar decisiones por sí misma, entre ellas la potestad para tomar decisiones sobre el personal (vinculaciones, desvinculaciones, remuneraciones, etc.), autonomía que es incumplida por el ordenamiento jurídico nacional, cuando en las Leyes de Empresas Públicas y Servicio Público, se emiten disposiciones contrarias a éste postulado administrativo.

Como quedó anotado en el capítulo primero la autotutela administrativa es el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial

que le dé certeza y valor jurídico de título ejecutivo y ejecutorio a las manifestaciones de su voluntad.

Entonces es un privilegio, una de las prerrogativas de las administraciones públicas según el cual sus actos se presumen válidos y pueden ser impuestos a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad de acudir a los juzgados y tribunales, y al margen del consentimiento de aquéllos.

También se había distinguido ya los tipos de autotutela y el que nos interesa especialmente es el referido a la autotutela activa o agresiva, que tiene por contenido una conducta positiva y por resultado un cambio en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación prevista; es decir, puede actuar por vía de satisfacción de un derecho preexistente, por ejemplo, mediante la acción directa sobre el patrimonio del obligado o por ejecución subsidiaria, supuesto los dos en que la satisfacción del derecho se realiza mediante la creación de situaciones jurídicas nuevas o la transformación de las existentes; o bien, y es aún más enérgico, convirtiendo previamente en un derecho ejecutorio una pretensión innovativa originaria, por ejemplo, la resolución de un contrato, **SEPARACIÓN DE UN FUNCIONARIO, IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN GENERAL**, liquidaciones tributarias, etc, etc. (las mayúsculas y negritas son mías).

Sin embargo y pese a que el artículo 4¹⁰¹ de la Ley Orgánica de Empresas Públicas determina que las empresas públicas tienen personalidad jurídica propia y autonomía;

¹⁰¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Art. 4.- DEFINICIONES.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

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

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

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

en consonancia con la Constitución de la República que en sus artículos 225¹⁰² y 315¹⁰³; en la misma ley de empresas públicas se vulnera la autonomía y la AUTOTUTELA administrativa, cuando se señala que las empresas públicas ecuatorianas no pueden resolver los temas inherentes al desempeño de sus servidores públicos, tal como lo hace la administración pública ecuatoriana, sino que debe someterse a los jueces de trabajo.

Las flagrantes violaciones se determinan específicamente en los artículos 17¹⁰⁴ y 18¹⁰⁵ cuando se determina expresamente que el talento humano se regulará de conformidad

¹⁰² Constitución de la República. Art. 225.- El sector público comprende:

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

¹⁰³ Constitución de la República. Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

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

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

¹⁰⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Art. 17.- NOMBRAMIENTO, CONTRATACION Y OPTIMIZACION DEL TALENTO HUMANO.-

La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. Para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio.

El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas.

Por lo menos un cuatro por ciento del talento humano de las empresas públicas deberá ser personal con capacidades especiales acreditado por el Consejo Nacional de Discapacidades.

La autoridad nominadora previo informe motivado podrá realizar los cambios administrativos del personal dentro de una misma jurisdicción cantonal, conservando su nivel, remuneración y estabilidad. De tratarse de cambios administrativos a jurisdicciones distintas de la cantonal, se requerirá consentimiento expreso del obrero o servidor. En las empresas públicas se incorporará preferentemente a personal nacional para su desempeño en las áreas técnicas y administrativas.

a lo previsto en el Código de trabajo, se hace referencia a las leyes de la administración pública, que como ya se dijo líneas atrás, debería ser la de servicio público, pero sin embargo de aquello, en la práctica y por disposición legal específica se regula el talento humano en base a lo dispuesto en el Código laboral.

Ésta vulneración de la autotutela administrativa dificulta el control del talento humano, tal como ya quedó demostrado en el acápite anterior; contradice los principios de la administración pública pues los servidores públicos que pertenecen a las empresas públicas deben ser regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público, como también ya he demostrado y finalmente queda evidenciado que los derechos de los servidores públicos que pertenecen a las Empresas Públicas, se ven menoscabados, al ser regulados por el Código de Trabajo, pues no se cumple el principio de igual trabajo igual remuneración y vemos como los servidores públicos de determinadas empresas reciben unas jugosas remuneraciones, mientras que otros que cumplen iguales funciones reciben remuneraciones bajas.

Mediante el presente estudio doctrinario he demostrado claramente la vulneración del ordenamiento jurídico ecuatoriano al principio de autotutela administrativa de las

El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de firmas externas especializadas realizará el control posterior (ex post) de la administración del recurso humano y remuneraciones conforme a las normas y principios previstos en esta Ley y las demás normas que regulan la administración pública.

El informe de dicha firma será puesto en conocimiento del Directorio, para que éste disponga las medidas correctivas que sean necesarias, de ser el caso.

¹⁰⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Art. 18.- NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION CON EL TALENTO HUMANO.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:

a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;

b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública: y,

c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.

empresas y he cumplido además con los objetivos trazados en el proyecto de investigación.

CAPÍTULO CUATRO: INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Por la naturaleza de la presente investigación, que es eminentemente jurídica, ya que se concreta en la actividad del Derecho Constitucional, Administrativo y su relación con el efecto social, en lo principal acogí el método científico, pues como se puede observar se parte del planteamiento de una hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se desarrolló toda una base teórica, así como el estudio de campo, que permitieron los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación.

Se aplicaron los siguientes métodos de investigación:

- **Método Exegético Jurídico:** Este método se fundamenta en la interpretación de una norma; se asemeja en su esencia a la crítica interna de los textos normativos, esto es, de las disposiciones jurídicas; es decir, partiendo de un sistema de conceptos y teorías mediante un proceso deductivo y la observación del texto de determinadas normas y su análisis dialéctico en relación con otros factores y condiciones, se arriba a un diagnóstico sobre la calidad técnica de las normas e instituciones jurídicas, permitiendo identificar las deficiencias tanto de la forma como del fondo y que pudieran ser causa de problemas en su interpretación y aplicación.
- **Método del Análisis Histórico Jurídico:** Es un procedimiento en el cual partiendo de determinados conceptos y de la fijación de determinados parámetros, seguidamente se observan y registran variaciones que sufren los mismos en las normas pertenecientes a diferentes momentos históricos y finalmente se identifican regularidades y tendencias en el desarrollo normativo.

Es menester manifestar que se necesitó un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización.

Para afianzar los criterios doctrinarios se utilizó las técnicas del Focus group y de la entrevista, con un universo de 25 personas, divididos en tres grupo, que representan

tres áreas de especificidad en el ejercicio jurídico y que abarcarían de manera representativa la mayor parte de las percepciones de los profesionales del derecho en el tema planteado: Abogados en libre ejercicio (A.L.E.), Abogados Servidores Públicos y Funcionarios Judiciales (A.S.P. F.J.) y Abogados Catedráticos Universitarios (A.C.U).

Un Focus Group es una técnica de recolección de datos ampliamente utilizada por los investigadores a fin de obtener información sobre la percepción de las personas en torno a un tema en particular. Es una técnica de estudio de las opiniones o actitudes de un público utilizada en ciencias sociales y en estudios comerciales.

Dentro de las características generales de un Focus Group, se puede señalar que se trata de una entrevista grupal en la que todos los entrevistados se encuentran juntos en un mismo momento. Para poder escoger a las personas que participarán de esta actividad, es necesario buscar individuos que cumplan con ciertos requerimientos básicos, como por ejemplo, en la presente investigación nos enfocamos en un grupo de 25 abogados, especialistas en Derecho Constitucional, Administrativo, empresarial; así como también catedráticos universitarios, funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales y jueces de lo laboral de la ciudad de Loja.

En cuanto a la metodología de presentación del informe final, esta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación, así como también en el marco de lo que disponen las normas reglamentarias de la Universidad Técnica Particular de Loja.

ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

4.1. Análisis y Presentación de Resultados.

Conforme a lo previsto en la metodología de la presente tesis, procedemos a continuación a la presentación de los resultados obtenidos en el trabajo de campo:

FOCUS GROUP

PRIMER RESULTADO:

1. Significado e importancia del principio de autotutela administrativa

La percepción de nuestros especialistas participantes en el focus group, respecto al significado e importancia de la autotutela administrativa, es coincidente en cuanto conciben, la autotutela administrativa, como el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial que le dé certeza y valor a las manifestaciones de su voluntad.

Los catedráticos universitarios (A.C.U.) recuerdan categóricamente que la Administración Pública actualmente ostenta ciertas prerrogativas en el ejercicio de sus funciones, recordando que desde los inicios del **Estado de Derecho** Liberal moderno, se ha buscado una definición y su correlativa justificación a esa rama del derecho que es el Derecho Administrativo.

Los Abogados Servidores Públicos y Funcionarios Judiciales (A. S.P.F.J) recalcan la vinculación entre el "interés público" y la autonomía administrativa como la razón que justifica la existencia de la Administración Pública.

Los Abogados en Libre Ejercicio (A.L.E.) relacionan la autonomía administrativa con las atribuciones de esos poderes otorgados a la Administración Pública para el cumplimiento de sus cometidos y que deben de estar clara y previamente establecidas, y ese establecimiento debe ser realizados mediante la elaboración de Leyes en sentido formal, como manifestación de la voluntad general de los ciudadanos, es decir, estas leyes deben conformar el deseo general de la comunidad.

El debate de la autotutela administrativa nos llevó a abordar el principio de legalidad coincidiendo los participantes en que todo el actuar de la administración pública debe estar clara y previamente señalado en una Ley, uno de los fundamentos o axiomas del

Estado de Derecho, además del Principio Separación de Poderes y del reconocimiento y protección efectiva de derechos y garantías constitucionales (Derechos Fundamentales).

Se coincide en el criterio de que el respeto a la autonomía administrativa refleja el cumplimiento de los postulados de nuestra Carta Magna.

SEGUNDO RESULTADO;

2. LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS DEL ECUADOR Y PRINCIPIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EN LO REFERENTE A LA GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO.

Referente a esta discusión el consenso de los participantes en el focus group, se manifiesta hacia una opinión crítica negativa, exteriorizando que la autonomía de la administración ha sido vulnerado por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Los Abogados Servidores Públicos y Funcionarios Judiciales (A. S.P.F.J) en éste tema manifiestan que tanto la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como la Ley Orgánica de Servicio Público violan a la Constitución y principio de autotutela administrativa en lo referente a la administración del talento humano, pues impiden que la misma administración resuelva sus propios conflictos, pues al tener que ampararse en lo dispuesto en el Código de trabajo permiten que un tercero, ajeno a la empresa pública como es el Juez de trabajo resuelva los problemas con sus servidores públicos.

Los abogados catedráticos universitarios (A.C.U.) enfáticamente manifestaron que el Código de Trabajo del Ecuador, debe ser aplicado únicamente a los trabajadores de las distintas instituciones y empresas del Estado tal como lo manifiesta la Constitución de la República vigente. Que, basta recordar la historia para comprobar que desde la

Constitución de 1830 se intentó de parte de nuestros legisladores que mediante sendas leyes se regulen las situaciones laborales de empleados y trabajadores.

Los Abogados en Libre Ejercicio (A.L.E.) van más allá al señalar los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas como atentatorios a la autotutela administrativa al no permitir que los servidores públicos que pertenecen a las empresas públicas sean regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público.

La vulneración a la autotutela de la administración, afecta directamente a los empleados públicos de las empresas en mención, pues al cumplirse lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y ser regulados por el Código de Trabajo se incumple por ejemplo con el principio de igual trabajo igual remuneración; así como también se irrespetan los derechos de los servidores públicos al garantizar condiciones de equidad al momento de ingreso y separación del sector público, capacitación de personal, etc.

A decir de los especialistas, llama también la atención los procesos de selección del personal, cuando la Ley Orgánica de Empresas públicas determina que “la prestación de servicios de talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las Leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo” entendiéndose como tal la Ley Orgánica de Empresas Públicas que hábilmente ha sido ignorada por nuestros legisladores para la gestión del talento humano en la empresas públicas.

TERCER RESULTADO:

ANÁLISIS COMPARADO:

Mediante el presente análisis realizaré una correlación metodológica entre el Método del Análisis Histórico Jurídico y los focus group desarrollados.

En primera instancia se presenta un cuadro sinóptico que nos permite vincular los conceptos de: Forma de Estado, sistema económico, empresas públicas y servidores públicos, con la evolución histórica de la gestión del talento humano (regulación de los

empleados públicos) en las empresas públicas en las constituciones de 1979, 1998 y 2008.

	Constitución 1979	Constitución 1998	Constitución 2008
FORMA DE ESTADO	Art. 1.- Estado soberano independiente, democrático y unitario	Art. 1.- Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico	Art. 1.- Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico
SISTEMA ECONÓMICO	Economía de Mercado	Economía Social de Mercado	Economía Social y Solidaria, régimen del buen vivir
EMPRESAS PÚBLICAS	Art. 46.- La economía ecuatoriana funciona a través de cuatro sectores básicos: 1. el sector público, compuesto por las empresas de propiedad exclusiva del Estado. 2. el sector de economía mixta, integrado por las empresas de propiedad de particulares en asociación con instituciones del	Art. 245.- La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará.	Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo

	<p>sector público.</p> <p>3. el sector comunitario o de autogestión, integrado por empresas cooperativas, comunales o similares, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad de personas que trabajen permanentemente en ellas.</p> <p>4. el sector privado, integrado por empresas cuya propiedad corresponde a una o varias personas naturales o jurídicas de derecho privado, y, en general, por empresas que no estén comprendidas en los otros sectores de la economía.</p>		<p>con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.</p> <p>Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo.</p> <p>Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.</p> <p>La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

			siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.
GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO	<p>Art. 39.- El ejercicio de la función pública es un servicio a la colectividad. No hay autoridad exenta de responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Se sanciona de manera especial el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos, de acuerdo con la ley.</p> <p>Art. 40.- La carrera administrativa garantiza los derechos y establece las obligaciones de los servidores públicos.</p>	<p>Art. 124.- La administración pública se organizará y desarrollará de manera descentralizada y desconcentrada.</p> <p>La ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación. Tanto el ingreso como el ascenso dentro del servicio civil y la carrera administrativa, se harán mediante concursos de méritos y de oposición. Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción.</p> <p>Las remuneraciones que perciban los servidores</p>	<p>Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.</p> <p>Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o</p>

		<p>públicos serán proporcionales a sus funciones, eficiencia y responsabilidades. En ningún caso la afiliación política de un ciudadano influirá para su ingreso, ascenso o separación de una función pública.</p>	<p>ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización,</p>
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

			capacitación, responsabilidad y experiencia.
--	--	--	----------------------------------------------------

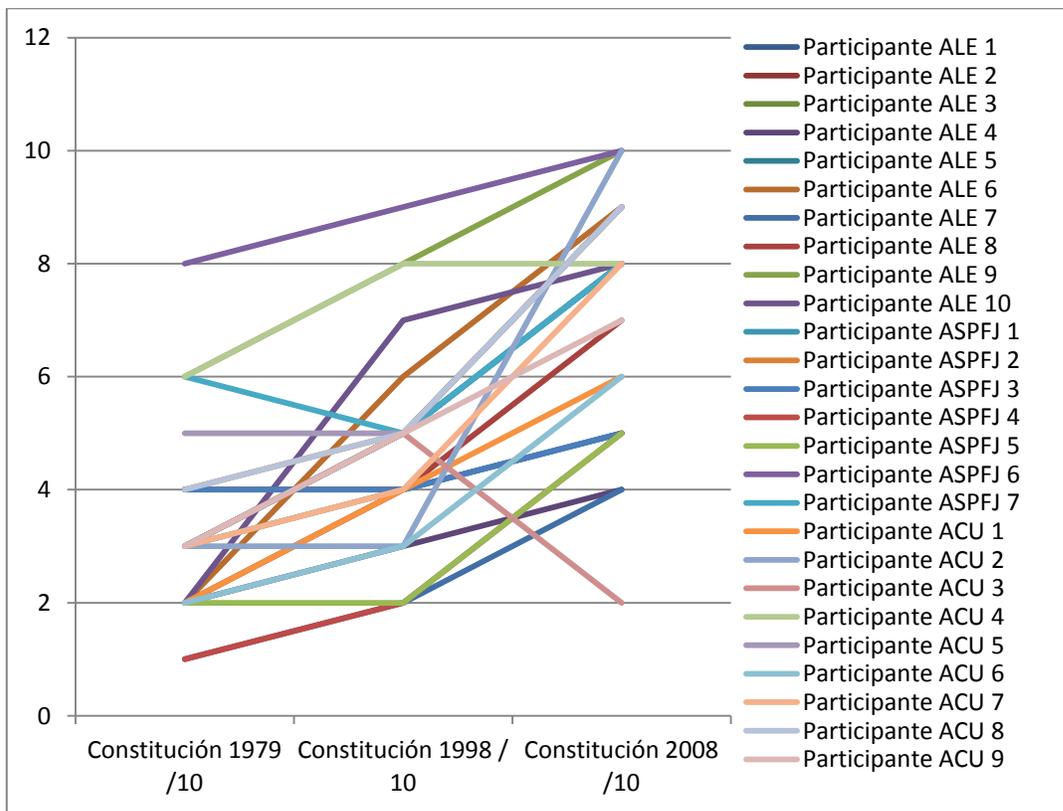
ANÁLISIS GRÁFICO

En los gráficos que a continuación se adjuntan se desarrolla un análisis correlacional que involucran 2 variables y la fusión de dos conceptos.

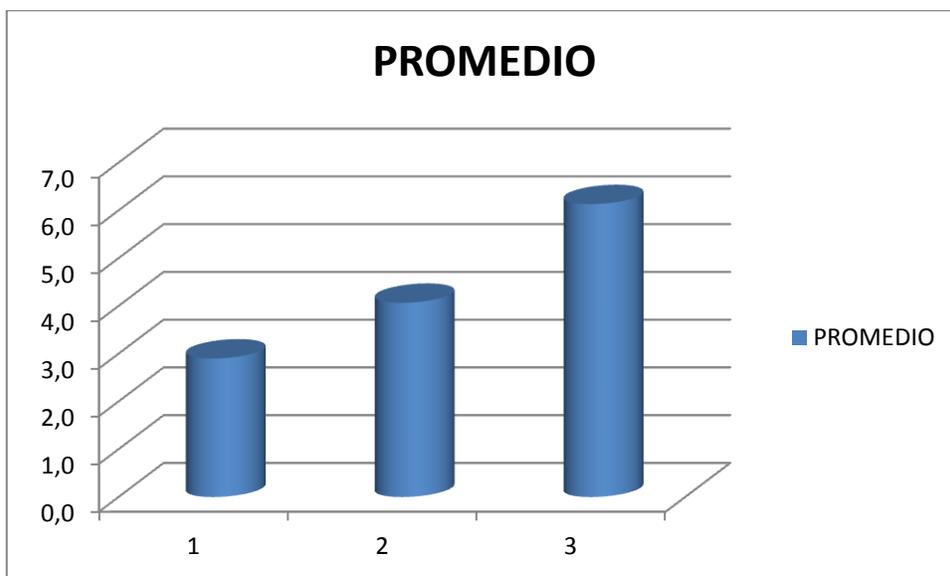
PREGUNTA:

¿Cuál es la valoración de su percepción de la evolución de la Gestión del talento humano en las empresas públicas, en las últimas tres constituciones. Asigne del 1 al 10. (Las respuestas son en este caso individuales).

FOCUS GROUP ESPEC.	Constitución 1979 /10	Constitución 1998 / 10	Constitución 2008 /10
Participante ALE 1	3	5	8
Participante ALE 2	4	4	5
Participante ALE 3	3	5	9
Participante ALE 4	2	3	4
Participante ALE 5	3	5	8
Participante ALE 6	2	6	9
Participante ALE 7	1	2	4
Participante ALE 8	2	4	7
Participante ALE 9	6	8	10
Participante ALE 10	2	7	8
Participante ASPFJ 1	3	4	5
Participante ASPFJ 2	4	5	9
Participante ASPFJ 3	4	4	5
Participante ASPFJ 4	1	2	5
Participante ASPFJ 5	2	2	5
Participante ASPFJ 6	8	9	10
Participante ASPFJ 7	6	5	8
Participante ACU 1	2	4	6
Participante ACU 2	3	3	10
Participante ACU 3	3	5	2
Participante ACU 4	6	8	8
Participante ACU 5	5	5	9
Participante ACU 6	2	3	6
Participante ACU 7	3	4	8
Participante ACU 8	4	5	9
Participante ACU 9	3	5	7
PROMEDIO	2,9	4,1	6,1



Interpretación: La tendencia mayoritaria asigna un valor mayor de **eficiencia** en Gestión del talento humano en las empresas públicas en la constitución del 2008, con excepción del participante ACU 3.



Interpretación: Del promedio de las apreciaciones individuales, se colige un incremento constante referido a la mayor de **eficiencia** en Gestión del talento humano en las empresas públicas, en una evolución histórica, de las constituciones del pasado hasta el Presente.

NOTA: Sin embargo el criterio mayoritario de mayor de **eficiencia** en la Gestión del talento humano en las empresas públicas en la última constitución, hay q mencionar que en todos los casos analizados se concuerda de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas no es coherente con los principios expuestos en nuestra Carta Magna, y más bien se contrapone el espíritu de la norma suprema, puesto q se concluye que dicha ley orgánica de empresas públicas vulnera la autotutela administrativa en relación a la gestión del talento humano, así como también los derechos de los de los servidores públicos de las empresas públicas.

4.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Los objetivos propuestos en el proyecto de investigación para ser verificados a través del desarrollo del presente proceso investigativo, fueron los siguientes:

OBJETIVO GENERAL:

Demostrar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador vulnera el principio de autotutela administrativa en cuanto a la gestión del talento humano.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo general se verifica en forma satisfactoria en cuanto la totalidad del presente estudio, implica toda una extensa base teórica en torno al principio de autotutela administrativa, empresas públicas y la gestión del talento humano demostrando ampliamente que los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas contradicen los principios de la administración pública al no permitir que la misma empresa regule sus situaciones jurídicas y además que los servidores públicos que pertenecen a las empresas públicas no sean regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Precisar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas dificulta el ejercicio de control del talento humano, conforme a las regulaciones prescritas en la Ley Orgánica de Servicio Público.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo específico se consigue con el desarrollo de la revisión de literatura, análisis doctrinario y jurídico, y visión crítica que conlleva el presente trabajo, de manera especial con el estudio del capítulo segundo, referente al estudio del régimen disciplinario del servicio público, pues no se permite que mediante un sumario administrativo, sea la misma empresa pública la encargada de juzgar y sancionar a sus servidores públicos, fundamentada en la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento.

2.- Evidenciar que los derechos de los servidores públicos que pertenecen a las Empresas Públicas, se ven menoscabados, al ser regulados por el Código de Trabajo.

VERIFICACIÓN.- El estudio pormenorizado del régimen disciplinario del servicio público que realizamos en el capítulo segundo de la revisión de literatura, así como el análisis del capítulo tercero, referente a las empresas públicas, su régimen disciplinario y autotutela, permiten determinar que este objetivo ha sido conseguido en forma satisfactoria.

4.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

La hipótesis oportunamente planteada en el Plan de Investigación para verificarse a través del presente estudio, estuvo estructurada en los siguientes términos:

El control y sanción del talento humano de las empresas públicas al ser traspasado al Código de Trabajo vulnera el principio de autotutela de la administración pública.

Este supuesto hipotético ha sido verificado a través de los siguientes fundamentos obtenidos de la presente investigación:

- La Autotutela Administrativa es el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial que le dé certeza y valor jurídico de título ejecutivo y ejecutorio a las manifestaciones de su voluntad, es un privilegio, una de las prerrogativas de las administraciones públicas según el

cual sus actos se presumen válidos y pueden ser impuestos a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad de acudir a los juzgados y tribunales, y al margen del consentimiento de aquéllos. Doctrinariamente, dentro de la autotutela administrativa, se distingue la autotutela activa o agresiva que es aquella que tiene por contenido una conducta positiva y por resultado un cambio en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación prevista. Y manifiestan los mismo profesores que la autotutela agresiva puede actuar por vía de satisfacción de un derecho preexistente, por ejemplo, mediante la acción directa sobre el patrimonio del obligado o por ejecución subsidiaria, supuesto los dos en que la satisfacción del derecho se realiza mediante la creación de situaciones jurídicas nuevas o la transformación de las existentes; o bien, y es aún más enérgico, convirtiendo previamente en un derecho ejecutorio una pretensión innovativa originaria, por ejemplo, la resolución de un contrato, **SEPARACIÓN DE UN FUNCIONARIO, IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN GENERAL**, liquidaciones tributarias, etc.

- Existe una estrecha vinculación entre administración pública, descentralización, empresas públicas y autonomía, en la Constitución de la República, misma que debe ser respetada por los Legisladores al momento de redactar las leyes, En el caso de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como en la Ley Orgánica de Servicio Público existe una clara violación a la Constitución y principio de autotutela administrativa en lo referente a la administración del talento humano, que es detectado también en el trabajo de campo realizado, pues la mayoría de profesionales del derecho vinculados con el área administrativa que han sido encuestados, revelan su acuerdo frente a la flagrante violación del principio de autotutela de la administración en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, específicamente en los artículos 18 y 19, lo que es coherente con el supuesto hipotético planteado en esta investigación.

Estos argumentos permiten establecer el carácter de verdadera de la hipótesis planteada.

5. CAPÍTULO CINCO: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

- Empresa pública es aquella que aunque de propiedad del Estado, administra separadamente, parte de sus competencias, con una visión empresarial, sometándose a los parámetros e indicadores de eficiencia. Posee personalidad jurídica propia, autonomía, independencia, creada de conformidad a la Ley, cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos, gestión de sectores estratégicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.
- Existe una estrecha vinculación entre administración pública, descentralización, empresas públicas y autonomía, en la Constitución de la República, misma que debe ser respetada por los Legisladores al momento de redactar las leyes, En el caso de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como en la Ley Orgánica de Servicio Público existe una clara violación a la Constitución y principio de autotutela administrativa en lo referente a la administración del talento humano.
- La vulneración de la autotutela administrativa, generada en los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dificulta el control del talento humano, pues contradice los principios de la administración pública al no permitir que los servidores públicos que pertenecen a las empresas públicas sean regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público.
- Los derechos de los servidores públicos que pertenecen a las Empresas Públicas, se ven menoscabados, al ser regulados por el Código de Trabajo, pues no se cumple el principio de igual trabajo igual remuneración.

5.2. RECOMENDACIONES

- El estado debe posicionar a las empresas públicas como proveedoras de servicios públicos de calidad, recuperando la confianza de los usuarios y elevando el autoestima de quienes laboran en calidad de servidores públicos y trabajadores en las mismas.
- Se debe reformar la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a objeto de adaptarla a los principios constitucionales y de la administración pública, de tal forma que se respete el principio de autotutela administrativa y se devuelva a la misma administración, la posibilidad de resolver sus propios conflictos sin acudir a terceros ajenos a la misma.
- Se deben respetar los derechos de los servidores públicos al garantizar condiciones de equidad al momento de ingreso y separación del sector público, capacitación de personal e igual remuneración en todas las empresas públicas o estatales.

5.3. APORTE: PROPUESTA LEGISLATIVA

5.3.1. Título: REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS

5.3.2. Objetivo General: Reformar la “Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador” de tal forma que se ajuste a las exigencias doctrinarias del principio de autotutela administrativa en cuanto a la gestión del talento humano.

5.3.3. Objetivos Específicos:

- 5.3.3.1. Reformar el artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador a objeto de adaptarla a los principios constitucionales y de la administración pública, de tal forma que se respete el principio de autotutela administrativa.
- 5.3.3.2. Mediante la reforma propuesta devolver a la misma administración la posibilidad de resolver sus propios conflictos, en base al principio de autotutela administrativa.
- 5.3.3.3. Alcanzar el respeto de los derechos de los servidores públicos, de tal forma que al regirse por la Ley Orgánica del Servicio Público se garanticen condiciones de equidad al momento de ingreso y separación del sector público, capacitación de personal e igual remuneración en todas las empresas públicas o estatales.

5.3.4. Descripción y Postulados:

De conformidad a lo previsto en el art. 136 de la Constitución de la República “Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la

Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitar”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

La Autotutela Administrativa es el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial que le dé certeza y valor jurídico de título ejecutivo y ejecutorio a las manifestaciones de su voluntad; es decir, Las administraciones públicas “tienen la potestad de proceder por sí mismas, salvo ciertas limitaciones establecidas por la ley, esto sin necesidad de acudir a los tribunales a declarar la extinción o reforma de los actos administrativos que considere total o parcialmente viciados por razones de merito o legalidad.

Las empresas públicas, en nuestro ordenamiento jurídico, han sido concebidas para la prestación de servicios públicos y el desarrollo de actividades económicas. Funcionan como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica propia, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión.

El título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referente a la gestión del talento humano de las empresas públicas, en diecisiete artículos, regula el talento humano, determinando que servidores y trabajadores se regularán por el Código de Trabajo y las leyes que regulan la administración pública, lo que a más de constituirse en una clara vulneración del principio de autotutela de la administración pública, es una evidente contradicción legal, pues cuando se determina que se regularán por las leyes que rigen la administración pública, se entiende que debe ser regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público y no por el Código de trabajo como se determina no sólo en la ley orgánica de empresas públicas, sino inclusive en la Ley Orgánica de Servicio Público, cuando en su artículo 3, se contradice nuevamente pues en sus incisos primeros

reproduce textualmente lo prescrito en el artículo 225¹⁰⁶ de la Constitución, sin embargo en su inciso final señala textualmente: “En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”, concepto en el cual se fundamentan las empresas públicas para regular el talento humano al margen de la Ley Orgánica de Servicio Público, dictando (sus directorios) la más variada nomenclatura y sentido jurídico, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 229 del de la Constitución “...Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”, e inclusive el principio de igual trabajo igual remuneración¹⁰⁷, pues son múltiples las diferencias remunerativas en las distintas empresas públicas, pues éstas son fijadas por el directorio de cada una.

Además, sorprende el hecho de que en el artículo 19 la ley de Empresas Públicas, “MODALIDADES DE DESIGNACION Y CONTRATACION DEL TALENTO HUMANO” se determina que: Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

¹⁰⁶ Constitución. Art. 225.- El sector público comprende:

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

¹⁰⁷ Constitución. “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
4. **A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración...**”

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley:
2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y,
3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre”; y, digo sorprende porque en lo previsto por la Ley Orgánica de empresas públicas se señala entonces la modalidad de designación y contratación del talento humano, es decir la forma de vinculación a la administración pública, mediante NOMBRAMIENTO para el personal de libre designación y remoción; NOMBRAMIENTO para los servidores públicos y el contrato individual de trabajo para los obreros, resalto la palabra nombramiento, pues ésta es una figura jurídico prevista en el derecho administrativo dentro del servicio público y carrera administrativa, es decir prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público.

Llama la atención, también, el artículo 32 de la Ley en estudio “SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título” este artículo evidentemente vulnera el principio de autotutela administrativa y autonomía de la administración, cuando determina que los conflictos de servidores públicos lo resolverán los jueces de trabajo y no la propia administración que tiene la capacidad para resolver sus conflictos.

Deja de lado el tan conocido y tradicional sumario administrativo, procedimiento que se prevé en la Ley Orgánica de Servicio Público para juzgar a los servidores públicos que incurrir en infracciones administrativas, posibilitando la destitución del funcionario. Según lo propuesto por la Ley Orgánica de Empresas públicas el trámite para extrañar de una institución, a un servidor público, sería mediante visto bueno, siendo competentes para ello los jueces de trabajo.

Lo planteado se constituye en una clara vulneración al principio de autotutela administrativa, autonomía de la administración; así como también permite discrecionalidad en la fijación de remuneraciones, violando el principio de igual trabajo igual remuneración.

El razonamiento planteado fundamenta la necesidad de reformar la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en lo referente al manejo del talento humano.

LA H. ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que, la Constitución de la República, en su artículo 315, determina que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Que, el artículo 229, de la Carta Magna establece que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

En ejercicio de la facultad conferida numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

Reforma a la Ley Orgánica de Empresas Públicas

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 18 por el siguiente:

“NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION CON EL TALENTO HUMANO.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Servicio Público, en lo referente a servidores públicos; y, a la Codificación del Código del Trabajo en lo concerniente a obreros y trabajadores, en aplicación de la siguiente clasificación:

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública: y,
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren”.

5.3.5. Actores involucrados:

5.3.5.1. Presentación de la Reforma: El artículo 134 de la Constitución de la República determina La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde:

1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.
2. A la Presidenta o Presidente de la República.
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.
4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.
6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.

5.3.5.2. Aprobación de la Reforma: El procedimiento para aprobación de proyectos de Ley se encuentra singularizado en los artículos 137, 138 y 139 de la Constitución de la República del Ecuador, de la siguiente forma:

- “El proyecto de ley será sometido a dos debates.
- La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite.
- Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la Presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. Sancionado el proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo de treinta días posteriores a su recepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República, se promulgará la ley, y se publicará en el Registro Oficial.

- Si la Presidenta o Presidente de la República objeta totalmente el proyecto de ley, la Asamblea podrá volver a considerarlo solamente después de un año contado a partir de la fecha de la objeción. Transcurrido este plazo, la Asamblea podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su publicación.
- Si la objeción fuera parcial, la Presidenta o Presidente de la República presentará un texto alternativo, que no podrá incluir materias no contempladas en el proyecto; igual restricción observará la Asamblea Nacional en la aprobación de las modificaciones sugeridas. La Asamblea examinará la objeción parcial dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la fecha de su entrega y podrá, en un solo debate, allanarse a ella y enmendar el proyecto con el voto favorable de la mayoría de asistentes a la sesión. También podrá ratificar el proyecto inicialmente aprobado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.
- En ambos casos, la Asamblea enviará la ley al Registro Oficial para su publicación. Si la Asamblea no considera la objeción en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a ésta y la Presidenta o Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial. Si la objeción fuera también por inconstitucionalidad, se resolverá primero la objeción por inconstitucionalidad”.

5.3.6. Resultado y Logros Esperados

Los beneficiarios de la presente propuesta se constituyen los servidores públicos de la Empresas públicas a estatales del Ecuador, pues al no ser regulados por el Código de Trabajo, ya no verán menoscabados el principio de igual trabajo igual remuneración.

Además se garantizaría condiciones de equidad al momento de ingreso como de separación del sector público, capacitación del personal e igual remuneración en todas las empresas públicas o estatales.

Se puede señalar las siguientes empresas públicas en el Ecuador basadas en la información legal disponible, (decretos de creación), no se incluyen las empresas públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados:

- **EMPRESA PÚBLICA DE FARMACOS, ENFARMA EP.** Decreto Ejecutivo 181.
- **EMPRESA PÚBLICA CEMENTERA DEL ECUADOR, EPCE EP.** Decreto Ejecutivo 207.
- **EMPRESA NACIONAL MINERA, ENAMI EP.** Decreto Ejecutivo 203.
- **EMPRESA PÚBLICA TELEVISIÓN Y RADIO DE ECUADOR EP RTVECUADOR.** Decreto Ejecutivo 193
- **EMPRESA PÚBLICA ESTRATEGICA CORPORACIÓN ELECTRICA DE ECUADOR CELEC EP.** Decreto Ejecutivo 220.
- **EMPRESA PÚBLICA ESTRATEGICA HIDROPASTAZA EP.** Decreto Ejecutivo 219.
- **EMPRESA PÚBLICA EXPLORACIÓN EXPLOTACIÓN HIDROCARBUROS PETROAMAZONAS.** Decreto Ejecutivo 314.
- **EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR.** Decreto Ejecutivo 315
- **EMPRESA FERROCARRILES DEL ECUADOR, EMPRESA PÚBLICA FEFP.** Decreto Ejecutivo 313.
- **EMPRESA PÚBLICA CORREOS DEL ECUADOR.** Decreto Ejecutivo 324.
- **EMPRESA PÚBLICA ESTRATEGICA HIDROELECTRICA COCA CODO SINCLAIR.** Decreto Ejecutivo 370.
- **EMPRESA PÚBLICA HIDROELECTRICA DEL LITORAL HIDROLITORAL EP.** Decreto Ejecutivo 400.
- **EMPRESA PÚBLICA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT.** Decreto Ejecutivo 218.
- **EMPRESA PÚBLICA LÍNEA AÉREA DEL ECUADOR "TAME EP".** Decreto Ejecutivo 740.
- **EMPRESA PÚBLICA DE PARQUES NATURALES Y ESPACIOS PÚBLICOS EP.** Decreto Ejecutivo 830.

- **EMPRESA PÚBLICA DE DESARROLLO ESTRATÉGICO, ECUADOR ESTRATÉGICO EP.** Decreto Ejecutivo 870.
- Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, **EP PETROECUADOR.** Decreto Ejecutivo No. 315.
- Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos **“PETROAMAZONAS EP”.** Decreto Ejecutivo No. 314.
- Empresa Nacional Minera, **ENAMI EP.** Decreto Ejecutivo No. 203.
- Empresa Pública Estratégica CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR, **CELEC EP.** Decreto Ejecutivo No. 220.
- Empresa Pública Estratégica HIDROELÉCTRICA DEL LITORAL, **HID.** Decreto Ejecutivo No. 400.
- Empresa Pública Estratégica **HIDROPASTAZA EP.** Decreto Ejecutivo No. 219.
- Empresa Pública Estratégica HIDROELÉCTRICA COCA CODO SINCLAIR, **COCASINCLAIR EP.** Decreto Ejecutivo No. 370.
- Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, **CNT EP.** Decreto Ejecutivo No. 218.
- Empresa Pública TELECOMUNICACIONES MOVILES DEL ECUADOR **TELECSA EP.** Decreto Ejecutivo No. 443.

5.3.7. Sostenibilidad de la propuesta:

- **Legal:** Fundamentada en lo dispuesto en la Constitución de la República artículos 134 y siguientes.
- **Social:** Fundamentada en la necesidad de efectivizar la aplicación de los principios de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, especialmente de los servidores públicos de las empresas públicas o estatales.

6 .BIBLIOGRAFÍA

1. ABELEDO PERROT. (1993). *Derecho Administrativo I*. Buenos Aires. Lexis Nexis.
2. BERNAL PULIDO, C. (2005). *El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá. Letras Jurídicas.
3. BIELSA, R. (1963). *Principios de Derecho Administrativo*. Depalma.
4. CABANELLAS DE TORRES, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Editorial. Heliasta.
5. CERVANTES ANAYA, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Rodhas.
6. CHIAVETANO, I. (1988). *Introducción a la Teoría General de la Administración*.
7. *Constitución de la República*. 2008.
8. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia interpretativa. R.O. – s- Nro. 451 de 22 de octubre de 2008.
9. DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1984). *Teoría General del Proceso*. Tomos I y II.. Buenos Aires. Artets Gráficas.
10. DROMI, J. (1992). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires. Astrea.
11. DROMI, Roberto. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos aires. Ediciones Ciudad Argentina.
12. ESPINOZA DE LA CRUZ, I. (1996). *Derecho de Procedimientos administrativos*. Lima. Editorial Moreno.
13. *Estatuto del Régimen Jurídico administrativo de la Función Ejecutiva*. Ecuador. Vigente.
14. FIGUEROLA, F. (2000). *Empresas del Estado*. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T X ,
15. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *la Administración Española*. 1985.
16. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Tomson Civitas.
17. GOODNOW, F. (s/fecha). *Derecho Administrativo comparado*. Madrid. La Moderna.

18. Gustavo Ortíz Hidalgo
<http://blogs.utpl.edu.ec/gortizhidalgo/2012/02/02/empresas-publicas/>
19. <http://es.scribd.com/doc/48961731/Extincion-de-los-Actos-Administrativos>.
20. <http://es.wikipedia.org>
21. JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja. Editorial Universitaria.
22. LANCIZ Y SÁNCHEZ, A. (1952). *Derecho Administrativo*. La Habana. Cultural S.A.
23. Ley 142 de 1994. Colombia.
24. Ley de modernización del Estado. Ecuador. Vigente.
25. Ley N° 13.653 que organiza el funcionamiento de empresas del Estado. Argentina.
26. Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador. Vigente.
27. Ley Orgánica de Servicio Público del Ecuador. Vigente.
28. LIBRO BLANCO PARA LA GOBERNANZA EUROPEA. 2001.
29. LÓPEZ ARÉVALO, W. (2010). *Tratado de Contratación Pública. Tomo I*. Quito. Editorial Jurídica del Ecuador.
30. MARIENHOFF, M. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Casa editorial.
31. MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
32. MATA, I. (2009). *Ensayos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ediciones RAP.
33. MORY PRINCIPE, Freddy. (2001). *El Proceso Administrativo Disciplinario. Derechos y Deberes*. Lima. Editorial RODHAS.
34. PACHÓN LUCAS, C. (2010). *Diccionario de la Administración Pública*. Bogotá. Temis.
35. Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público del Ecuador. Vigente.
36. SAYAGUÉS LASO, E. (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo. Bianchi Altuna.
37. SILVA, J.A. (1996). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Sao Paulo. Malheiros.

38. TRUJILLO LÓPEZ, Augusto. (s/ fecha). (Descentralización, Regionalización y autonomía local).
39. VIDAL PERDOMO, J. (1972) .*Derecho administrativo*. Bogotá. Temis.
40. VILARDELL RIERA, I. (1988). *La evaluación de la eficacia de las administraciones públicas*. Madrid. Villarderí.
41. ZAVALA EGAS, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. Edino.

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

Certificación del Director	II
Autoría	III
Cesión de los derechos	IV
Agradecimiento	V
Dedicatoria	VI
Esquema de contenidos	VII
Resumen / Abstract	
Introducción	

CAPÍTULO I

1.7. Administración Pública	5
1.1.7. Derecho Administrativo.	5
1.1.8. Administración Pública	8
1.1.9. Potestades públicas y administrativas	13
1.8 Principios de la Administración Pública	17
1.2.1. Principio de Legalidad.	21
1.2.2. Autotutela administrativa	22
1.2.3. Otros principios de la administración pública	26
1.2.3.1. Principio de oficialidad	26
1.2.3.2 Principios de la eficiencia, eficacia y transparencia administrativa	26
1.2.3.3 División del trabajo	28
1.2.3.4. Autoridad	28
1.2.3.5. Principio de modularización o Corporatización	28
1.9 Organización de la administración pública en el	

Ecuador.	29
----------	----

CAPÍTULO II

6. El Régimen Disciplinario del servicio público.	38
6.1. Servicio Público.	38
6.2. Servidores Públicos.	45
2.2.1. Derechos y Deberes del servidor público.	49
2.2. Régimen Disciplinario.	59
2.2.1 Sumario Administrativo	64
2.2.2. Sanciones.	71

CAPÍTULO III

7. Las Empresas Públicas.	74
7.1. Concepto,	77
7.2. Objetivos.	91
7.3. Régimen Disciplinario de las Empresas Públicas	94
7.4. La autotutela en las empresas públicas	99

CAPÍTULO IV

8. Investigación de Campo.	105
8.1. Análisis y Presentación de Resultados	106
8.2. Verificación de objetivos	117
8.3. Contrastación de hipótesis	119

CAPÍTULO V

9. Conclusiones y Recomendaciones	
9.1. Conclusiones	122

9.2. Recomendaciones	123
9.3. Propuesta de Reforma	124
6.- Bibliografía	134