

Marco Morales T., edit.,
*Análisis y actualidad del
Derecho administrativo*
(Quito: Corporación de
Estudios y Publicaciones /
Instituto Ecuatoriano de Es-
tudios de Derecho Adminis-
trativo y Social, 2015).

*Adriana Ocampo Carbo**

Esta obra contiene temas de gran importancia en el campo del Derecho público. De iniciativa de Marco Morales Tobar y con la colaboración de Eddy De la Guerra Zúñiga, en el año 2014 ve luz su primera edición. La gran acogida de esta obra y la demanda por parte de los lectores impulsan a estos prestigiosos académicos para que se publique una segunda edición del texto, que desde luego continuará enriqueciendo el debate académico en torno a los apasionantes temas del Derecho administrativo.

Así, el profesor Daniel Márquez abre la discusión, al referirse a la noción de servicio público en México, Brasil, Colombia y Ecuador, destacando las distintas concepciones existentes en la actualidad y que de manera general se refieren a este como una actividad material para satisfacer necesidades de interés general. Al respecto, plantea la necesidad de superar la noción de servicio público por dos problemas básicos: su vaguedad y su ideología.

Con su ponencia titulada “La empresa pública en México”, Jorge Fernández Ruiz describe a la empresa como una organización productiva, que actúa dentro de un marco jurídico en el esquema de producción, distribución o suministro de bienes o servicios dirigidos a satisfacer necesidades. La normativa mexicana contempla una gran variedad de empresas públicas, tales como la centralizada, la descentralizada, la desconcentrada, la de participación estatal mayoritaria y la empresa a cargo del fideicomiso público, a la cual se suma la asociación público privada como una nueva modalidad dentro de esta clasificación, de acuerdo a la Ley de Asociaciones Público Privadas expedida en el año 2012, y que significa un cambio radical en el concepto asociativo tradicional contenido en el marco jurídico de la empresa de participación estatal, puesto que se relega al Estado en la administración y gestión empresarial que pasa a manos de la parte privada. Lo anterior es la antesala de un álgido tema, la corrupción en la empresa pública mexicana, el cual es analizado de forma frontal por el autor.

Seguidamente, Efraín Pérez habla sobre las empresas públicas en las áreas estratégicas y los servicios públicos, y para ello señala al Buen Vivir como principio

* Abogada en libre ejercicio.

ético elevado a categoría constitucional, y que engloba un gran catálogo de derechos que vienen a ser el objetivo del régimen de desarrollo, pero que además modifican la participación privada en el régimen económico, las relaciones contractuales con el Estado, y la intervención de la empresa pública en actividades prestacionales, cuyas finalidades han sido claramente establecidas en la Constitución de 2008, que además mantiene como 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.

Jaime Villacreses Valle presenta su trabajo sobre el régimen laboral de las empresas públicas en Ecuador, cuya explicación parte de la definición del artículo 315 de la Constitución sobre empresas públicas, y la Ley Orgánica de Empresas Públicas que regula la creación, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, excepto las pertenecientes al sistema financiero. De esta forma –en palabras del autor–, el análisis del régimen laboral de la empresa pública debe buscar el mantenimiento y conservación del principal elemento del patrimonio que es el recurso humano. La Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) es el instrumento normativo para la administración del talento humano que labora en las Empresas Públicas, teniendo como normas aplicables además el reglamento interno de trabajo y el Código de Trabajo, quedando por tanto excluidos de la carrera administrativa todo el personal bajo relación de dependencia.

Un tema de gran relevancia y complejidad nos introduce José Luis Benavides: “La contratación pública en los Tratados de Libre Comercio (TLC) de América”, que refiere de manera clara a las dificultades conceptuales y prácticas de la regulación respecto de la contratación en los TLC. En general, las medidas diferenciadas para los países en desarrollo en materia de compras públicas han sido un tema de permanente discusión a nivel multilateral; la temática se ha considerado no solo en el marco del GATT sino que ha sido abordada más adelante en las negociaciones del ALCA, cuyo borrador incluyó en la discusión el principio general de Trato Especial y Diferenciado (TED) con el cual se intentaba establecer medidas especiales que permitirían la participación de la pequeña, mediana y microempresa en la dinámica comercial a fin de fomentar el desarrollo del aparato productivo nacional.

Siguiendo esta línea, Marco Morales Tobar habla de los límites de las potestades exorbitantes del Estado en materia de contratación pública, y para ello explica los privilegios y potestades de la administración pública, entre las cuales están la potestad reglamentaria, la potestad discrecional, la de autotutela, la sancionadora y la potestad de revocatoria. Con este antecedente, realiza un importante análisis de los principios que atiende la contratación pública, y así detalla las potestades del Estado, las cuales –según el autor– tienen límites, puesto que la administración pública tiene que cum-

plir con el contrato de buena fe sometiéndose a las cláusulas, condiciones y pliegos del contrato, procurando la estabilidad contractual, observando además el principio de juridicidad, es decir, el respeto de los derechos del administrado, particularmente la garantía del debido proceso; y también el principio de reciprocidad inmanente el todo contrato administrativo.

Teo Balarezo Cueva retoma el tema de las empresas públicas en Ecuador, al hablar sobre su capacidad asociativa. La actividad económica de la empresa pública involucra dinanismos de explotación económica que le confiere el carácter de unidad económica empresarial y jurídica, y para ello la LOEP somete a la empresa pública a una dualidad de regímenes, ya que por un lado todos sus actos, hechos y contratos se someten al derecho público, en las relaciones con los particulares pueden aplicarse las reglas del derecho común. Ahora bien, la Ley además le confiere capacidad asociativa a dichas empresas a fin de lograr el cometido público y la eficiencia empresarial. El procedimiento asociativo, señala el autor, será según el copartícipe privado o público, teniendo esta actividad asociativa ventajas como la flexibilización de procedimientos y actuaciones de carácter empresarial y el régimen especial de contratación.

Continúa Juan Francisco Pérez Gálvez, con un estudio jurisprudencial sobre los efectos económicos de la gestión de los empleados públicos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial y la sucesión empresarial, estudio que aborda un análisis y valoración de varias sentencias que contemplan importantes conclusiones. Así, se establece que respecto de un reclamo de indemnización por accidente en funciones de un servidor público, para que sea posible una indemnización por parte de la administración pública, es indispensable la existencia de daño antijurídico que se da no porque sea contraria a derecho la situación que la motiva, sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla, siendo que esta antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, como la ejecución de un servicio público de riesgo y que impone al administrado el deber de soportar dicha carga.

Francois Julien-Laferriere expone sobre el régimen jurídico de las entidades locales en Francia y su tránsito de la hipercentralización a la hipodescentralización, y para ello reseña la historia centralista del Estado francés y cómo, a través de los años, se fueron constituyendo entidades locales como los departamentos y municipios hasta existir actualmente como niveles de gobierno y administración el central o estatal, el regional, el departamental, el intermunicipal y el nivel municipal, sobre los cuales el gobierno central ha tenido control jurídico, administrativo y financiero.

En esta similar temática de derecho comparado, Marina del Pilar Olmeda García nos adentra en el federalismo y régimen de las entidades federativas en México, y para ello explica las características del sistema federal mexicano, en cuyo Estado coexisten dos órdenes de gobierno: el primero de carácter federal, y el segundo de carácter local,

sus competencias se hallan definidas en la Constitución Mexicana, para más adelante reseñar la independencia de México y la creación del Estado de Baja California. La autora se plantea la incongruencia existente en el caso mexicano, que, siendo un Estado Federal, tiene los mismos conflictos y problemas de un Estado unitario, puesto que la realidad mexicana presenta una tendencia centralista que inclusive se observa en las estructuras de los partidos políticos, y en lo social y cultural, así como en la dinámica económica existe concentración especialmente en la ciudad de México, proponiendo al final de su ponencia un enfoque más realista que permita a México avanzar hacia la descentralización selectiva y gradual.

José René Olivos Campos examina el tema de los servicios públicos municipales en México, y se anticipa a explicar tres perspectivas de los enfoques sobre la naturaleza del término municipio: la perspectiva de poder, la perspectiva administrativa y la perspectiva municipalista; esta última considera al Municipio como base de la división territorial y con características amplias de institución jurídica, política, administrativa y social. Con lo anterior nos pasa a explicar los servicios públicos municipales, que están regidos conforme a la Constitución Federal y sus leyes derivadas, y que son distinguidos conforme al ámbito de sus competencias, por lo que se dividen en exclusivos, estatales y municipales, que además pueden desempeñarse entre dos o más órganos de gobierno cuando tienen facultades coincidentes.

Por su parte, Sonia Venegas Álvarez, con su ponencia “Límites y control al endeudamiento de los gobiernos locales en México”, pone en el tapete la problemática del indiscriminado endeudamiento que han sufrido en los últimos años los gobiernos locales en este país, cuyos recursos muchas veces no están destinados a obras públicas, no tienen impacto económico y social, y aumentan por el contrario las posibilidades de crisis que afectan a la sociedad. La autora plantea la creación de un órgano de políticas y responsabilidad presupuestaria a fin de evaluar y analizar a largo plazo la sostenibilidad presupuestaria, requiriéndose por tanto una reforma integral de las finanzas públicas que asuma límites más severos en cuanto al endeudamiento de las entidades federativas.

Finalmente sobre este eje encontramos a Santiago Machuca Lozano quien habla de la transición del régimen seccional a los gobiernos autónomos descentralizados en Ecuador a raíz de la Constitución de 2008, e inicia haciendo un análisis comparativo con la Constitución de 1998 que establecía la división del territorio en gobierno central y régimen seccional autónomo, pero adicionalmente existía el régimen seccional dependiente del estado central. A partir de la Constitución de 2008 se establece como nueva organización territorial las regiones, provincias, cantones y parroquias rurales, y la posibilidad de crear regímenes especiales por razones de población, de conservación ambiental y étnico culturales. Se crea una nueva institucionalidad representada en los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) que son regionales, provinciales,

municipales y parroquiales rurales, y se acompaña de una ampliación de sus competencias establecidas en la Constitución y el COOTAD. El autor pone a la vista cuatro temas que generan controversias, a saber: alcances del nuevo modo de organización territorial, viabilidad práctica para el nacimiento de las regiones en la forma regulada por la Constitución y el COOTAD, naturaleza jurídica del estatuto regional; y, el rol de las provincias los mismos que son explicados acertadamente.

Sobre los procesos de integración y procedimientos administrativos, Álvaro Mejía Salazar explica la integración como la unión de dos o más Estados, que busca eliminar las fronteras y consiguientemente ciertas jurisdicciones y potestades de orden público que faciliten las relaciones entre los sujetos públicos o privados. Para la consecución de este objetivo se busca establecer un marco normativo común y la armonización de los procesos de integración; sin embargo, el autor halla inconvenientes en la aplicación del derecho sustantivo comunitario y el establecimiento de un marco normativo común, debido principalmente a los ordenamientos jurídicos disímiles, como es el caso de la Unión Europea. Nos habla además de los distintos comportamientos de las administraciones públicas de los Estados, debido a sus intereses, necesidades o realidades coyunturales diferentes que dificulta la aplicación de la norma comunitaria.

Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo propone su tema referente a los procedimientos administrativos en la gestión tributaria municipal en Ecuador. La complejidad y particularidad de la materia tributaria, dice el autor, ha obligado que, a diferencia de otras áreas de la relación administración pública-administrados, se desarrolle la normativa tributaria, lo que ha contribuido a la seguridad jurídica. Avanza en su análisis, y, previo a explicar los procedimientos administrativos de la gestión tributaria en los municipios, hace referencia a la nueva organización territorial y división político administrativa del Estado, cuyo modelo profundiza la descentralización de los gobiernos autónomos descentralizados confiriéndoles competencias exclusivas, destacándose en el caso de los municipios y distritos metropolitanos, la facultad de crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras, pero que además ostentan de poder tributario originario que les permitiría crear, modificar, exonerar o suprimir tributos dentro del ámbito de sus competencias. El autor reseña los procedimientos administrativos de la gestión tributaria, cuyo régimen general contentivo se contempla en el Código Orgánico Tributario por la especificidad de la materia.

Un tema de gran relevancia es presentado por Marco Morales Andrade. El arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público. El arbitraje, señala el autor, como método de solución de conflictos fue utilizado para controversias privadas y de forma excepcional el arbitraje internacional en conflictos contractuales con instituciones pública, panorama que se modifica a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, ya que varias instituciones del sector público optan por este método para resolver conflictos, pero se plantean tres problemas al momento

de ir al juicio de arbitraje, a criterio del Dr. Morales Andrade, el de mayor relevancia es la arbitrabilidad de los actos administrativos.

Sobre las razones económicas y jurídicas de la administración pública nos habla Carlos Burgoa Toledo, quien señala que los actos y decisiones de la administración pública están motivadas por razones de orden normativo o económico, cuyo componente ideológico depende de las corrientes y las circunstancias o necesidades actuales. Así, pues, los actos de la administración pública son las disposiciones descriptivas o constitutivas que conllevan al poder constitutivo del Estado; y las decisiones de la administración pública que vienen a ser las disposiciones deónticas que conllevan al poder decisional del Estado. Sobre las razones económicas y jurídicas, el autor señala que estas no siempre son compatibles, ya que mientras en lo jurídico se trata de asegurar la convivencia entre los particulares y el Estado, en lo económico, y debido principalmente a la influencia del neoliberalismo en las economías nacionales, el Estado flexibiliza las condiciones normativas a fin de brindar un panorama atractivo a las inversiones, convirtiéndose en rector de la economía más no participa en ella.

Libardo Rodríguez presenta un tema de actualidad, como es la ampliación del sistema nacional de fuentes de los derechos administrativos considerando el derecho comunitario andino, para lo cual explica que las normas primarias u originarias del derecho comunitario requieren procedimientos de incorporación al derecho interno de cada país miembro, a diferencia de las normas secundarias o derivadas del derecho comunitario que gozan de eficacia inmediata y directa en los distintos ordenamientos jurídicos de la comunidad.

Continuando en esta línea, Pablo Morales trata sobre la regulación económica y facilidades esenciales. A partir de la Constitución de 2008, señala el autor, el Estado deja de ser un simple observador para convertirse en parte gestora y reguladora de la dinámica económica y, para ello, establece una serie de mecanismos dirigidos a impulsar la libre competencia y sancionar prácticas contrarias y abusivas en el comercio, entre éstos mecanismos tenemos la junta de regulación del mercado, que es la encargada de la política económica, producción, sectores estratégicos y desarrollo social y que por lo tanto tiene una intervención directa en la economía nacional. Esta facultad reguladora del Estado además interviene de forma vertical en la aplicación del principio de facilidades esenciales, es decir, el uso de infraestructuras imprescindibles para que las empresas puedan realizar sus actividades productivas, y que no pueden ser restringidas en su uso. Así, por ejemplo, se emplea este principio en las industrias de trabajo en red donde es necesaria una determinada infraestructura física, electrónica o contractual que permita la libre competencia.

Sebastián Espinoza nos habla del capitalismo estatal y el impacto regulatorio del resurgimiento del Estado como operador económico, situación que ha producido un conflicto de posturas ideológicas diversas sobre el rol que debe asumir el Estado en

la economía actualmente. El cambio de paradigmas por el cual el Estado ya no solo es árbitro, sino que además interviene en calidad de actor directo en actividades económicas, genera dudas principalmente respecto de cómo este nuevo rol afectaría las condiciones de competencia equitativa, limitando el acceso a oportunidades en condiciones justas y por lo tanto agravando las desigualdades en el mercado.

En el análisis de los temas administrativos, Isaac Augusto Damsky presenta un panorama de las energías renovables y su problemática en Argentina, donde las experiencias exitosas en el área energética provienen de autogestores, pero que no han recibido impulso alguno de los niveles gubernamentales donde las políticas públicas en los últimos quince años han sido únicamente de carácter coyuntural y no han considerado la creciente demanda de este recurso por parte de la población. Por otro lado, no existe preocupación de integrar al mercado energético la energía renovable, que se halla en estado embrionario, y apenas alcanzó un 3% en el año 2012, pese a existir la ley 26190 promulgada en el año 2006 para el fomento y promoción de energías renovables.

Finalmente, cierra esta obra María del Carmen Jácome, con “El control de la convencionalidad”, donde de manera acertada determina el rol que cumple la Función Judicial, particularmente la jurisdicción contenciosa administrativa, frente a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, para posteriormente explicar que el control de convencionalidad precisa a los Estados suscriptores de convenios internacionales sobre derechos humanos que vigilen, por medio de los jueces, que las disposiciones contempladas en dichos convenios no sean limitadas por normas internas. Jácome nos demuestra que el control de convencionalidad es un tema de vieja data en la jurisprudencia generada por la Corte IDH, pero que en Ecuador es nuevo y por lo tanto se requiere crear normativa acorde a la realidad actual que permita a la jurisdicción contenciosa administrativa y sus jueces ser garantes de los derechos humanos.