

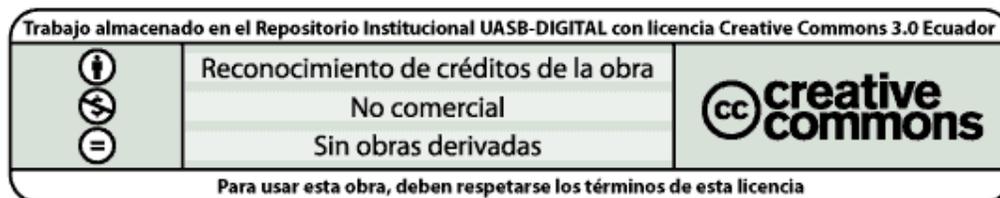
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO,
MENCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

“LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”

AUTORA: VERÓNICA JARAMILLO HUILCAPI

2012



Yo, Verónica Jaramillo Huilcapi, autora de la tesis intitulada “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo” mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción que la elaborado, para cumplir uno de los requisitos previo a la obtención de mi Título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Administrativo, en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador:

Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, divulgación y distribución durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener un beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico como usos en la red local o internet.

Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/ ra antes referida yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso, digital o electrónico.

Quito, a 28 de septiembre de 2012.

Verónica Jaramillo Huilcapi

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

“LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”

AUTORA: VERONICA JARAMILLO HUILCAPI

TUTOR: DR. JUAN CARLOS BENALCAZAR
GUERRÓN

QUITO

RESUMEN (ABSTRACT)

Este trabajo de investigación, versa sobre los principios generales del procedimiento administrativo, dado que en la actualidad estimo que no existe una normativa común que establezca los principios generales del procedimiento administrativo, lo cual a todas luces evidencia una falta de organización en cuanto al manejo del aludido tópico y sobre todo el lamentable rezago en que actualmente se encuentra el Derecho Administrativo en el Ecuador.

La falta de uniformidad de los principios generales del procedimiento administrativo en el sistema jurídico ecuatoriano, configura un verdadero conflicto que puede lesionar los derechos de los administrados, produciéndoles indefensión, al existir normas dispersas e incluso anquilosadas que no están a tono con el Estado constitucional de derechos, de igual manera, la situación descrita genera confusión en las mismas autoridades y/o funcionarios que forman parte de la Administración Pública.

Por consiguiente hago presente que no existe unificación de principios, circunstancia que pretendo demostrar a lo largo de esta investigación y a la vez he podido concluir que independientemente del ámbito jurídico, los principios jurídicos son comunes dentro de un procedimiento administrativo, *verbi gratia*, la juridicidad, el debido proceso, la confianza legítima deben ser las directrices a través de las cuales se guíe la autoridad para poder adoptar una resolución correcta y adecuada, *máxime* cuando el procedimiento administrativo tiene doble función por un lado es una garantía para el administrado y por otro permite a la Administración Pública emitir decisiones adecuadas, correctas y sujetas al ordenamiento jurídico vigente, particularmente a la Constitución que goza del principio de fuerza normativa y por tanto en el procedimiento administrativo, primigeniamente debería respetarse el principio de juridicidad.

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I

El Procedimiento Administrativo

1.1 El Procedimiento Administrativo en el Estado Constitucional de derechos	7
1.2 El Procedimiento Administrativo como una medida de autocontrol para la Administración Pública	11
1.3 Concepto	19
1.4 Diferencia entre Procedimiento Administrativo y Proceso Judicial	25

Capítulo II

Estructura de los Procedimientos Administrativos en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

2.1 El Procedimiento Administrativo en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE-.....	32
2.2 El Procedimiento Administrativo en el Código de Organización y Ordenamiento Territorial – COTAD-	56
2.3 Procedimiento Administrativo en el Código Tributario	65

Capítulo III

Principios Generales del Procedimiento Administrativo

3.1 La importancia de la sujeción de las autoridades a los principios que rigen el procedimiento administrativo	74
3.2 Principio de Juridicidad	77
3.3 Principio del Debido Proceso	81
3.4 Derecho a la Defensa	84
3.5 Principio <i>pro actione</i>	99

3.6 Principio de Confianza Legítima 100

3.7 Principio de Eficiencia 102

3.8 Principio de Eficacia 103

4. Conclusiones 104

5. Recomendaciones 106

6. Bibliografía 107

CAPITULO I

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1 El procedimiento Administrativo en el Estado constitucional de derechos

Este capítulo versa sobre el procedimiento administrativo, partiendo de la premisa que, anteriormente el ejercicio de la actividad administrativa se ejecutaba en el marco de una verdadera discrecionalidad esto es sin un procedimiento previo a la emisión de sus resoluciones o actos definitivos, de ahí que el ciudadano no tenía otro camino que la sujeción a lo señalado por la administración, sin exigir garantías de índole alguna. Al respecto el profesor Jaime Santofimio Gamboa, afirma: *“La Administración se colocaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados.- Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, correspondiendo prácticamente el ejercicio de sus propias razones ante la ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones”*.¹ De lo transcrito se tiene que la Administración no hacía efectivas las garantías del debido proceso a favor de los administrados, específicamente del derecho a la defensa, consecuentemente no había contradicción ni interacción y/o participación entre Administración y administrado.

En el Ecuador desde el año de 1993 en que se expidieron: la Ley de Modernización del Estado (publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993); y, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de marzo de 1994) se empieza a tener nociones de la importancia de las instituciones del Derecho Administrativo como por ejemplo el derecho de petición que aún cuando se encontraba reconocido en el numeral 9 del artículo 19 de la Constitución Política de 1979² no era aplicado oportuna ni integralmente por las autoridades, poniendo de relieve que la Constitución se la concebía por mandantes y mandatarios como un documento estrictamente político; y, con escasa

¹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (ACTO ADMINISTRATIVO PROCEDIMIENTO EFICACIA Y VALIDEZ) pág. 175 Cuarta Edición Universidad Externado de Colombia 2003.

² Constitución Política de la República del Ecuador 1979 artículo 19, numeral 9 *“Toda persona goza de las siguientes garantías {...} 9. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo y a recibir la atención o respuestas pertinentes en el plazo adecuado y de conformidad con la ley”*.

fuerza normativa, mientras que en la actualidad se propugna el garantismo “*Superando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; ahora al contrario la política deberá ser un instrumento del Derecho, sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales*”.³

Las corrientes constitucionalistas en América Latina que comienzan con la Constitución de Brasil de 1988, Constitución de Colombia de 1991, ponen de manifiesto la importancia de la Constitución en la vida social y jurídica de los Estados, habida cuenta que el Derecho forma parte de la superestructura de la sociedad; ello conlleva incluso un replanteamiento con relación a la aplicación de las leyes en detrimento, en varias ocasiones de la Carta Fundamental, y consecuentemente se pone en el debate la discusión sobre los principios de eficacia directa y fuerza normativa de la Constitución que ahora incluso se hallan positivizados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En cuanto a este tópico son vitales las diferencias que realiza el profesor Javier Perez Royo en lo que respecta a la Constitución y la ley, así: “*La ley no existe.- La Constitución sí.- La Ley es un concepto, una categoría normativa en la que se incluyen miles de ejemplares.- La Ley existe como concepto pero no como norma real y efectiva.- En el ordenamiento no existe la ley.- Existe el Código Civil, el Código Penal {...} La Constitución por el contrario sí existe*”.⁴ Desde luego porque la ley es un concepto totalmente genérico, mientras que la Constitución es específico y determinado, circunstancia que lleva a reflexionar y pone de relieve algunas anomias que existen cuando la misma Carta Fundamental nos remite a la ley, y resulta que la norma legal no ha sido todavía dictada por el órgano legislativo, como sucedía por ejemplo con la figura de revocatoria del mandato a las autoridades designadas por elección popular.

Ahora bien, la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, desde mi perspectiva, replanteó (al menos en teoría)⁵ el principio de legalidad; dado que hasta la

³ MORENO CRUZ Rodolfo – EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI pág. 829 BIBLIOTECA VIRTUAL DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO.

⁴ PEREZ ROYO Javier – CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL pág. 101 DUODÉCIMA Edición Editorial Marcial PONS 2010.

⁵ No es baladí poner de manifiesto que, hasta la actualidad, pese a la existencia de las garantías normativas establecidas en el artículo 84 de la Constitución de la República, se emiten normas legales o reglamentarias que contradicen el texto constitucional; baste a las reformas del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, dictadas a través del Decreto No. 813, publicado en

Constitución Política de 1998 se consagraba un Estado de Derecho que daba importancia al principio de legalidad, es decir a la sujeción del poder a las normas infraconstitucionales, específicamente a la ley; (sin que ello pretenda desconocer la gran labor del Tribunal Constitucional del Ecuador al desarrollar jurisprudencialmente el principio de juridicidad que se abordará más adelante); entonces se afirmaba la institucionalidad del Estado de Derecho cuando sus autoridades ejercen el poder con sumisión a las leyes; soslayando muchas veces el contenido material del texto constitucional.

No obstante lo señalado, el artículo 1 de la vigente Constitución de la República⁶ proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, esto implica que las autoridades y los ciudadanos, además de adecuar su conducta al mandato de las leyes, deben actuar o sujetarse a lo establecido en la Carta Fundamental; de lo cual se sigue que, mientras el Estado de Derecho (Estado Legislativo) se centra en el imperio de la ley; el Estado Constitucional de derechos centra su actuación bajo el imperio de la Constitución y de las normas legales; pues de acuerdo al principio de seguridad jurídica, no puede desconocerse la función del legislador ni las demás normas que integran el ordenamiento jurídico que no sólo desarrollan el texto constitucional, sino que son necesarias para la correcta organización del Estado ecuatoriano; por lo tanto el Estado constitucional de derechos puede ser definido como la organización jurídico-política, asentada en un territorio determinado, que se fundamenta en una democracia participativa, cuyo principal instrumento rector es la Constitución, puesto que, los poderes se someten a ella *-principio de juridicidad-*, para hacer efectivo el respeto y ejercicio equitativo de los derechos.

En concordancia con lo expuesto, huelga señalar que “{...} *El Estado constitucional de derechos o modelo garantista.- Este Estado o sistema es creado por hombres es decir de derecho positivo de garantías que tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos.- Este tipo de ordenamientos se caracterizan por ser sistemas de Constitución rígida, por el carácter positivo de las normas producidas y por la sujeción de éstas al Derecho.- Es decir el modelo garantista no sólo se encuentra regulado en normas positivas -La Constitución-, el procedimiento a través del cual se crean las normas del sistema, sino también existen normas positivas que*

el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011.

⁶ La Constitución de la República del Ecuador artículo, prescribe: “*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 {...}*”.

regulan el contenido material de las normas futuras por crear".⁷ Por consiguiente un modelo garantista -Estado constitucional- se caracteriza porque tanto la formalidad cuanto la materialidad son importantes, *verbi gratia* es necesario que una ley sea dictada por órgano competente, no obstante también es absolutamente trascendente que la ley sea cumplida, por ende la formalidad y la materialidad son conceptos que van de la mano.

En lo atinente al campo del Derecho Administrativo, desde un punto de vista garantista hago notar que en el Ecuador apenas en el año 2002⁸ (Reformas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva) se estableció la trascendencia del procedimiento administrativo, como una garantía para los administrados y para la misma administración, con el fin de que en el primer caso los administrados puedan ejercer su derecho a la defensa; y, en el segundo caso las autoridades puedan emitir resoluciones eficaces y motivadas. Esto significa que la doctrina del Derecho Administrativo ecuatoriano, sólo se centró en el estudio de la teoría del acto administrativo, que puede ser definido como la "*declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que produce efectos jurídicos individuales en forma directa*"⁹; es decir que el análisis y el estudio se habían concentrado en los actos administrativos finales o resolutorios. Sin embargo no se ponía énfasis ni se analizaron los actos preparatorios de la voluntad y la importancia que ellos revisten en una adecuada decisión de las autoridades, y por supuesto en el respeto a los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, recogiendo lo indicado se hace imprescindible analizar el procedimiento administrativo que es una manifestación del Estado garantista, pues en la obra Tratado de Derecho Administrativo del profesor Eduardo García de Enterría, se encuentra el procedimiento administrativo bajo el título denominado "*Las Garantías Formales de la Posición Jurídica del Administrado*": "*Procedimiento y Recursos Administrativos*"¹⁰, de modo que el procedimiento administrativo tiene la función de

⁷ CAJICA LOZADA Gustavo, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA – COMENTARIOS A UN TEXTO DE FERRAJOLI – en la Biblioteca Virtual de la Universidad Autónoma de México pág. 133.

⁸ Las Normas del Procedimiento Administrativo Común, incorporadas al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, fueron emitidas mediante Decreto No. 3389, publicado en el Registro Oficial de 27 de diciembre de 2002.

⁹ Concepto de acto administrativo dado por el Dr. Marco Morales Tobar, en su cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho Universidad Central del Ecuador, año lectivo 2000-2001.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNANDEZ Tomás Ramón – CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II – TÍTULO SÉPTIMO "LAS GARANTÍAS FORMALES DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ADMINISTRADO: PROCEDIMIENTO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS" Editorial Civitas 2001.

constituirse en una garantía de los administrados, asegurando también la adopción de decisiones oportunas y eficaces por parte de la Administración Pública; por manera que el procedimiento administrativo es una garantía de sujeción de la actividad de la Administración Pública a los criterios de objetividad, eficacia y eficiencia, teniendo como fundamento primordial el respeto de los derechos de los ciudadanos, reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Es indudable que el procedimiento administrativo es una herramienta básica para la Administración Pública que permite consolidar en sede administrativa los principios del Estado constitucional, como son:

a) Juridicidad.- Porque la máxima expresión de lo jurídico es la Constitución por ende el procedimiento administrativo coadyuva a resguardar los derechos de protección o debido proceso; y, al estar constituido por una serie de actos coordinados previo a la emisión de la decisión final o resolución evita la emisión de una resolución arbitraria.

b) Responsabilidad.- Porque las autoridades y funcionarios son responsables por cada uno de los actos que emiten, no sólo por la resolución o decisión final.

c) Control.- Como se desarrollará más adelante el procedimiento administrativo constituye un mecanismo de autocontrol para la Administración que permite la emisión de decisiones motivadas y eficaces.

1.2 El Procedimiento Administrativo como una medida de autocontrol para la Administración Pública.

Es evidente el vacío normativo que existe en cuanto a la delimitación por parte del legislador¹¹ de

¹¹ Sin lugar a dudas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe una cantidad desmesurada de normas que producen inseguridad y confusión en el sistema normativo, verbi gratia, se encuentra todavía vigente la Ley de Régimen Administrativo que responde a una estructura diferente a la organización del Estado constitucional proclamado en la Constitución de la República de 2008; de ahí la importancia de la técnica normativa concebida como el “*arte de construir un ordenamiento jurídico estructurado en sus principios e integrado por normas reestructuradas, esto es un ordenamiento que haga efectivo el principio de seguridad jurídica*”. ARNALDO ALCUBILLA Enrique – SEGURIDAD JURÍDICA – LEGISLACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR – MÓDULO 5- pág. 29 (Material de Curso de Reglas de Seguridad Jurídica para Iberoamérica, Fundación CEDDET Madrid 2010).

los principios generales o comunes que deben regir a todo procedimiento administrativo, sin desconocer que hay procedimientos que por su carácter especial, requieren otro tipo de tramitación; sin embargo en lo que respecta a la materialidad, hay que tener presente que el procedimiento administrativo al ser una garantía para el ciudadano debe llevar imbricado principios comunes que toda autoridad pública, sin importar la materia tiene que sujetarse y/o respetar, *ora* que se trate de una solicitud de petición en un Ministerio, *ora* que se trate del procedimiento de determinación en el ámbito tributario; pues no pueden soslayarse los derechos de protección o las garantías del debido proceso en las prenombradas dependencias, es decir sea en una Cartera de Estado, o sea en la Administración Tributaria.

Trasciende manifestar que, en el Ecuador no ha sido el legislador quien ha regulado el procedimiento administrativo común que se encuentra en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sino que ha sido el Presidente Constitucional de la República, quien a través de un Decreto¹² regló lo atinente al procedimiento administrativo desde luego no es común pues *merced* al ámbito de competencia no abarca a todas las funciones y entidades del Estado contempladas en el artículo 225 de la Constitución de la República¹³.

En atención a lo indicado, amerita detenerse a pensar que el procedimiento administrativo, como se ha dejado en claro es una garantía para el administrado mas a su vez es una ventaja para las autoridades o funcionarios competentes, porque permite el autocontrol de la Administración Pública para adoptar las decisiones, o para la emisión del acto administrativo final; éste último que ha sido estudiado hasta la saciedad por la doctrina, soslayando el conjunto de actos de la Administración que lo preceden.

El control es una herramienta para asegurar que las actividades de cualquier órgano se sujeten al sistema jurídico, así como también que los resultados sean óptimos y evitar la arbitrariedad; vale indicar que planificación, organización y control son la clave o la médula de la eficiencia administrativa de ahí que, es necesario que exista compatibilidad entre los principios jurídicos y los

¹² Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, 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 seccional 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 entidades creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.*

principios de gestión, porque la eficacia y la eficiencia se han convertido en valores esenciales de todas las sociedades.

Claro está que los términos de eficiencia y eficacia no se refieren solamente a la agilidad o prontitud en cuanto a la atención al ciudadano en las entidades del Estado, sino que se vincula con el hecho de hacer correctamente las cosas, ello implica también que las Resoluciones o los actos de la Administración Pública, se encuentren correctamente elaborados y motivados.

En lo que tiene que ver a la eficacia como un mecanismo de autocontrol de la Administración Pública, la doctrina ha indicado: *“Son muy importantes las novedades que la directriz de eficacia ha permitido incorporar a la regulación de los actos y del procedimiento administrativo {....}.- Además de haber respetado técnicas tradicionales entre nosotros desde hace medio siglo, como la nulidad parcial, la conservación de trámites, la conversión de los actos anulados o la figura de las irregularidades no invalidantes, la legislación de los años noventa ha incorporado innovaciones capitales como son la figura de la terminación convencional de los procedimientos administrativos, y sobre todo el establecimiento de plazos máximos para dictar resolución (en todo caso) y de las consecuencias del silencio positivo o negativo o de la caducidad de procedimientos desfavorables en caso de quebrantamiento de dichos plazos.- Estas técnicas fundamentales por lo mismo operan sobre el factor tiempo, están pasando por serias dificultades de implantación, generadas por la resistencia de determinadas Administraciones a vivir al ritmo del siglo {....}”*.¹⁴

En concordancia con el texto citado, se ha de entender que la eficacia es una cualidad de la acción y gestión administrativa que es una expresión del Estado constitucional de derechos en el ámbito jurídico administrativo, de modo que la eficacia permite incluso la consolidación de las normas constitucionales; de suyo va que la Administración solamente puede ser eficaz cuando satisfaga el interés general o bien común, conceptos que a criterio del profesor Juan Carlos Benalcázar no se expresan *“en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se justifican en la atención a las exigencias y necesidades de las personas que jurídicamente se expresan en los derechos que les reconoce u otorga el*

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso – ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y CONTROL JURÍDICO DE EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA REVISTA ELECTRÓNICA SOBRE REFORMA DE ESTADO INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHO PÚBLICO Revista No 18 pág. 9 Año 2009.

*ordenamiento jurídico”.*¹⁵

Así también la existencia de un procedimiento administrativo permite la consolidación de la transparencia que se sintetiza en el deber de los sujetos obligados de hacer del conocimiento público la información derivada de su actuación en ejercicio de sus atribuciones y a su vez tiene como finalidad generar un ambiente de confianza y seguridad entre Administración y administrado, de tal manera que los administrados estén debidamente informados. No obstante lo señalado, se precisa tomar en cuenta que excepcionalmente los procedimientos administrativos no pueden ser publicitados (ejemplo un auditoría tributaria) ello implica que, exclusivamente los titulares legitimados tienen derecho a acceder a los datos o al contenido del procedimiento administrativo, de conformidad con lo prescrito por el numeral 19 del artículo 66 de la Constitución de la República.¹⁶

En lo atinente al tópico abordado, es menester tener presente el pronunciamiento del *otrora* Tribunal Constitucional del Ecuador, que en una de sus resoluciones, estableció: *“todos los actos jurídicos que emanen de las entidades públicas {.....} que se encuentren bajo su responsabilidad constituyen información pública que está regida por el principio de apertura, publicidad y transparencia y deben ser conocidos por todos los ciudadanos a efectos de ejercer un verdadero control social, una efectiva participación ciudadana y configura un mecanismo para exigir rendición de cuentas”.*¹⁷

En atención a lo expuesto en párrafos anteriores la Administración Pública debe propender a vincular al administrado a sus actividades con espacios abiertos para la interacción y participación ciudadana, de ahí que los procedimientos administrativos deben ser claros, diáfanos y transparentes para hacer efectivo también el pleno desarrollo de un Estado democrático y participativo.

El profesor Jaime Santofimio Gamboa expresa: *“La publicidad se traduce, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante*

¹⁵ BENALCAZAR GUERRON Juan Carlos – LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO págs. 10, 11 Editorial NOVUM México 2011.

¹⁶ Constitución de la República, artículo 66, numeral 19.- *“Se reconoce y garantizará a las personas.- {...} 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección.- La recolección, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley”.*

¹⁷ RESOLUCIÓN No. 011-2006 AI Tribunal Constitucional del Ecuador; tomado del libro GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO – JARAMILLO HUILCAPI Verónica, pág. 300 Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES Año 2011.

*comunicaciones, notificaciones o publicaciones o a través de los medios que los procedimientos especiales consideren aptos para estos propósitos.- La eficacia jurídica de los actos administrativos depende directamente de los efectivos y válidos procesos de publicidad que desarrollen las autoridades”.*¹⁸

Otra de las funciones del procedimiento administrativo es precautelar la seguridad jurídica que se halla consagrada en el artículo 82 de la Constitución de la República¹⁹; sustentada en dos pilares fundamentales cuales son la certeza y la previsibilidad, dado que el Derecho es seguridad jurídica integrada; de lo cual se sigue que la seguridad jurídica proporciona estabilidad y certeza a las relaciones jurídicas entre administración y administrado dentro de un procedimiento administrativo; empero la certeza no puede ser concebida como la inmovilidad o rezagamiento de las normas jurídicas sino que ellas deben responder y por lo tanto modificarse a satisfacción de la cambiante realidad social.

La seguridad jurídica no sólo se vincula con la existencia de las normas escritas sino en la obligatoriedad de la autoridad administrativa competente de una correcta intelección y aplicación que se ve plasmada en cada uno de los actos que forman parte del procedimiento administrativo; vale la pena hacer notar que, el hecho que se haya establecido en la normativa un procedimiento administrativo significa seguridad jurídica, por cuanto la decisión de la autoridad se va a encontrar respaldada por una serie de actos y no será emitida de manera improvisada, lo cual indubitablemente extingue la arbitrariedad en el accionar de las respectivas autoridades; en razón de que la arbitrariedad produce inseguridad, por ello ha lugar que existan normas cuyo conocimiento sea accesible a los ciudadanos y que las mismas sean cumplidas efectivamente; es trascendente también la posibilidad de acceso a un procedimiento que ofrezca y garantice la efectiva aplicación de los derechos de protección –debido proceso-; así se puede llegar a afirmar que la seguridad cumple un deber legitimador de la juridicidad. Mientras que sí no hay seguridad el Derecho no se encuentra legitimado, esto quiere decir existe pero no se cumple, y ello conduce por supuesto al imperio de la arbitrariedad que es “{...} la negación del derecho cometida por el propio poder público, pero el concepto puede ser aún más amplio, significando la ausencia de cualquier figura

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO pág. 266 Universidad Externado de Colombia – Cuarta Edición 2003.

¹⁹ Artículo 82 *iusdem*.- “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

*jurídica de los principios que sirven de fundamento al derecho.- Arbitrario es lo que no tiene fundamento jurídico y deriva en la ausencia de seguridad jurídica”.*²⁰

Por consiguiente, la seguridad jurídica es un principio inherente al Estado constitucional pues “*El Derecho es un instrumento que permite reducir la inseguridad jurídica al establecer normas de conducta y unas consecuencias vinculadas al incumplimiento de las mismas.- Por otra parte los ciudadanos de una sociedad desarrollada deben poder prever el comportamiento de la administración para actuar en consecuencia*”.²¹

Al respecto el Tribunal Constitucional del Ecuador²² ha establecido: “*La seguridad jurídica no es otra cosa que la posibilidad que el Estado debe darnos mediante el Derecho de prever los efectos y consecuencias de nuestros actos y contratos y que estos no han de ser sino los que prescribe la normativa vigente a la fecha de ejecución de nuestros actos o de la celebración de los contratos para realizarlos en los términos prescritos en la norma para que ellos surtan los efectos que deseamos y que podrían surtir según la ley*”; de lo transcrito se sigue que, el acto administrativo definitivo –resolución- será emitido *merced* a un procedimiento administrativo, y, por lo tanto la resolución no será sino aquella que prevé el sistema jurídico vigente, *verbi gratia* para ejercer el régimen sancionador a un servidor público debe seguirse previamente un procedimiento administrativo.

Ahora bien, estimo que en el Derecho Administrativo, particularmente en el tópico inherente al procedimiento administrativo, la seguridad jurídica se haría efectiva, mediante lo que se denomina la unidad de materia que “*{...} por un lado asegura la coherencia interna de las leyes, las cuales no obstante pueden tener diversidad de contenidos temáticos, deben contar siempre con un núcleo de referencia que les de unidad y que permita que sus disposiciones se interpreten de manera sistemática y por otro evita que sobre la misma materia se multipliquen las disposiciones en distintos cuerpos normativos con el riesgo de que se produzcan inconsistencias, regulaciones*

²⁰ MAZZ ADDY – EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES, en ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL en homenaje a UCKMAR Víctor pág. 294 Editorial Ábaco Buenos Aires 2005.

²¹ Cordoba Castroverde Diego – CURSO REGLAS DE BRASILIA PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA – MODULO 3 SEGURIDAD JURÍDICA, ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, pág. 4. Fundación Ceddet Madrid España año 2010.

²² Tribunal Constitucional del Ecuador – Informe al Congreso Nacional año 2006 pág. 153.

*ocultas e incertidumbre para los operadores jurídicos*²³; por ende la existencia de una normativa común del procedimiento administrativo que rij a todas las entidades del Estado permitiría hacer realidad la seguridad jurídica, mediante la unidad de materia que es una concepción clave desarrollada por la Jurisprudencia constitucional colombiana, porque como he podido analizar en lo atinente al procedimiento administrativo, en el Ecuador no hay unidad de materia, pues el sistema jurídico se encuentra disperso con varias normas que reglan diversos procedimientos administrativos.

A través de la seguridad jurídica, se pretende que la Administración aplique efectivamente las normas que integran el sistema jurídico, y, primigeniamente las normas Constitucionales y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que cuando contienen derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución de la República²⁴ deben ser obligatoriamente aplicados; esto no significa que los Tratados o Pactos internacionales prevalezcan a las normas constitucionales, sino que se conforma lo que se denomina el bloque de constitucionalidad que doctrinariamente es definido como “*el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía de derecho internacional de los derechos humanos*”²⁵; de suyo va que, la Constitución de un Estado es más amplia que su texto, toda vez que, gozan de rango constitucional las disposiciones establecidas en instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, que en materia de derechos humanos, sean más favorables a las reconocidas en la Carta Fundamental.

En atención a lo señalado, se debe indicar que la seguridad jurídica dentro del procedimiento administrativo implica que las normas jurídicas no sólo existan sino que sean válidas y eficaces, por eso es que para un mejor entendimiento procederé a explicar y a diferenciar los conceptos de: existencia, validez y eficacia.

²³ Tomado del contenido de la Sentencia No. C 803-2003 dictada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, en donde se desarrolla el principio de unidad de materia.

²⁴ Constitución de la República 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.- Los derechos consagrados en la Constitución y en 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*”.

²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ Humberto – EL DERECHO Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN (AMPARO) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE A INICIOS DEL SIGLO XXI; en EL DERECHO DE AMPARO EN EL MUNDO, pág. 161 (Coordinadores FIX ZAMUDIO Héctor y, FERRER MAG GREGOR Eduardo).

Existencia.- Implica el ingreso de la norma al sistema jurídico una vez agotados o cumplidos los procedimientos que la Constitución de la República prescribe a partir de su artículo 132.

Validez.- Se relaciona con la concordancia de las normas tanto en lo material cuanto en lo formal con las disposiciones superiores particularmente con la Constitución o Carta Fundamental. Al respecto el profesor Marco Monroy Cabra asevera: *“En la construcción jerárquica del ordenamiento jurídico, la validez de una norma se funda en la validez de una norma superior porque en todo caso una norma superior establece sus condiciones de producción”*.²⁶

Eficacia.- Es la aplicación material de las normas jurídicas dentro de una sociedad y su nivel de cumplimiento, *verbi gratia* existen normas jurídicas que por su antigüedad ya no son aplicadas en la sociedad, no obstante existen y son válidas, como es el caso de la Ley de Régimen Administrativo que no ha sido derogada expresamente.

La seguridad jurídica es un bien jurídico que se encuentra amparado constitucionalmente, esto se traduce en que es un derecho que tienen los ciudadanos a que las autoridades del Estado apliquen las normas preestablecidas y por lo tanto las mismas no pueden ser interpretadas ni transformadas arbitrariamente; esto significa que si las autoridades administrativas no aplican correctamente las normas jurídicas preestablecidas la garantía del administrado consiste en impugnar el acto administrativo, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 173 de la Constitución de la República.

La seguridad jurídica precautela o garantiza la estabilidad del sistema jurídico en dos momentos a saber: *“ex – post, que supone que los patrones de actuación de los particulares no pueden ser modificados por las autoridades públicas y la previsibilidad ex – ante los ciudadanos con relación a los efectos jurídicos de los actos públicos”*²⁷; por lo tanto la seguridad jurídica genera confianza al ciudadano y sus relaciones jurídicas para que se encomienden a las autoridades públicas, respecto a que su actuación que incide en sus derechos produzca efectos jurídicos no siempre favorables mas sí legítimos duraderos y previstos con sustento en las mismas normas jurídicas; por

²⁶ MONROY CABRA Marco – INTRODUCCIÓN AL DERECHO pág. 122 Editorial Temis Colombia 2006.

²⁷ MAZZ ADDY – EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES, en ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL en homenaje a UCKMAR Víctor pág. 289 Editorial Ábaco Buenos Aires 2005.

eso es que los actos administrativos gozan de las presunciones²⁸ de: a) Legitimidad, se refiere a que el acto administrativo fue dictado de manera correcta y en armonía con el ordenamiento jurídico por lo tanto es un acto perfecto; y, b) Ejecutoriedad que implica que, los actos administrativos son obligatorios para el administrado y para la administración por lo tanto son ejecutados directamente por la Administración sin necesidad de intervención de otra autoridad del Estado.

No obstante lo señalado, se precisa indicar que las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad descritas son *iuris tantum*, esto quiere decir que tales presunciones pueden ser desvirtuadas a través del control de legalidad que lo ejercen las autoridades judiciales.

1.3 Concepto

Para poder proporcionar un concepto de procedimiento administrativo, vale remitirse a la doctrina, puesto que en el sistema jurídico ecuatoriano no se encuentra desarrollado el concepto de procedimiento administrativo; de modo que extraeré algunas definiciones de los expertos del Derecho Administrativo para en base a ello elaborar un concepto del aludido tópico.

El profesor Jaime Santofimio Gamboa, señala: *“El procedimiento administrativo se caracteriza por ser unitario pero con etapas perfectamente delimitadas en el ordenamiento positivo.- Etapas que podríamos de acuerdo con la naturaleza de su objeto, denominarlas de formación del acto o procedimiento de legalidad, y una etapa posterior, también de carácter administrativo pero que no se refiere propiamente a la conjugación de elementos para el nacimiento del acto de carácter posterior y tendiente a la eficacia del acto o decisión adoptada por la administración”*.²⁹

El profesor, Eduardo García de Enterría, sostiene: *“El procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos del administrado y de la Administración de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final.- {.....} El procedimiento no se resume en un acto de naturaleza compleja - resolución- en el que vendrían a fundirse perdiendo su propia identidad, todos los anteriores a él ni tampoco consiste en un mero agregado de actos heterogéneos por su origen y contenido carentes de toda relación estructural entre sí.- Se trata más bien de una cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común sin merma de su individualidad propia, en*

²⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 68: *“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”*.

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO pag. 183 UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Cuarta Edición abril 2003.

*orden a un fin único a cuya consecución coadyuvan”.*³⁰

Para el profesor Enrique Sayagues Laso, el procedimiento administrativo “{...} *es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad.- Los órganos de administración se mueven dentro de los límites precisos que fija el derecho y sujetándose a reglas de procedimiento determinadas.- Esto es indispensable no sólo para encauzar debidamente a las administraciones públicas, sino como garantía a los particulares afectados por la actividad que desenvuelven.- El cumplimiento de las normas de procedimiento es, por lo tanto un deber de los órganos públicos*”.³¹

El Dr. Roberto Dromi, concibe al procedimiento administrativo, así: “{...} *el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que deben cumplir la Administración (en ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa)*”.³²

Por su parte, el tratadista Juan Carlos Cassagne sostiene “*El control que se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública asume distintas modalidades pero en todos los casos se realiza a través del procedimiento administrativo, es decir a través de una serie de actos orientados a la realización del control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y que sirven, al propio tiempo de garantía de los administrados*”.³³

Las definiciones transcritas permiten obtener los elementos suficientes para estructurar un concepto de procedimiento administrativo que puede ser definido como la forma de producción de los actos administrativos, es decir como un conjunto de actos interdependientes y concatenados cuyo objeto es la obtención de una decisión final -resolución definitiva-; por lo cual cada acto *ora* el que inicia la actuación *ora* los instrumentales *ora* los decisorios, tienen la obligación de sujetarse a las garantías del debido proceso reconocidas en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así el concepto de procedimiento administrativo no sólo se

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo - FERNANDEZ Tomás Ramón – TRATADO DE DERECHO pág. 461 ADMINISTRATIVO TOMO II Editorial Civitas 2001.

³¹ SAYAGUES LASO Enrique – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I, pág. 461 Octava Edición – Fundación de Cultura Universitaria 2002.

³² DROMI José Roberto – EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO pág. 31 Ciudad Argentina Buenos Aires 1999.

³³ CASSAGNE Juan Carlos – DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II pág. 305 Sexta Edición Actualizada Editorial Abeledo Perrot año 2000.

refiere a la formalidad o al mero trámite de llegar a la resolución o acto administrativo definitivo, sino que también alude a su materialidad toda vez que cada acto emitido dentro del procedimiento administrativo debe respetar y salvaguardar los principios comunes que serán desarrollados a lo largo de este trabajo de investigación.

He señalado que el procedimiento administrativo es un conjunto de actos interdependientes; en razón de que existe una dependencia recíproca de cada uno de los actos para que se consolide la emisión del acto administrativo final o resolución.

Del mismo modo los actos que conforman el procedimiento administrativo son concatenados porque están enlazados unos con otros, ello implica que el procedimiento administrativo es unitario, no obstante se encuentra estructurado a través de etapas plenamente identificables que recogiendo la concepción otorgada por el profesor Santofimio Gamboa son de formación de la decisión de la Administración Pública, *verbi gratia*, el inicio, prueba; y, etapa de impugnación; actuaciones que se hallan previstas en los artículos 146 y 147 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El conjunto de actos previos a la decisión final que conforman el procedimiento administrativo, no son actos administrativos o decisorios sino actos de la Administración, cuya diferenciación estimo debe ser proporcionada para continuar con este trabajo de investigación.

Los actos de la Administración o de trámite pueden ser conceptuados como las actuaciones que instrumentan el procedimiento administrativo; claro está que respecto a la impugnación de los mismos existen varias posiciones doctrinarias. Por consiguiente me referiré someramente al mentado tópico para tener una visión más amplia sobre los actos de trámite.

El Dr. Agustín Gordillo alude a los actos de trámite como actos no jurídicos porque no producen efectos entre los cuales tenemos las “{...} *decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no produce efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho.*- {...} *Encontramos en esta clasificación gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo: los informes producidos por oficinas técnicas o no técnicas, los requerimientos de información, los dictámenes en los cuales un funcionario emite una opinión,*

*juicio, consulta destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir {...} También debe considerar dentro de los actos no productores de efectos jurídicos directos, todas las medidas de prueba que la administración produzca durante el procedimiento, pericias, declaraciones {...}”.*³⁴

En atención a lo descrito es preciso manifestar que el tópicos genéricos son actos de la administración los mismos que contienen los actos administrativos resolutorios o propiamente dichos, así como los actos de trámite; en tal virtud los actos de trámite en principio no son impugnables porque no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas; no obstante y a efecto de que se consoliden los principios constitucionales, excepcionalmente los actos de trámite puedan ser impugnados, por ejemplo cuando pongan fin al procedimiento, así como también cuando produzcan indefensión o algún perjuicio irreparable a los derechos del administrado. De tal guisa que, los actos de la Administración Pública por el contenido de la decisión pueden clasificarse en actos de trámite o preparatorios; y, actos definitivos. Los primeros, es evidente que no manifiestan la voluntad de la administración dado que son un conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión definitiva entonces dan impulso a la actuación de la Administración, puesto que en la mayoría de veces no crean, definen modifican o extinguen situaciones jurídicas; sin embargo un acto de trámite puede tornarse definitivo cuando de alguna manera decida sobre la cuestión de fondo o ponga fin a la actuación administrativa de suerte que no sea posible (recogiendo las palabras del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo de la República de Colombia)³⁵ la continuación de ésta; en tanto que los actos administrativos, como se ha dicho en párrafos precedentes expresan de manera definitiva la decisión o la voluntad del órgano de la Administración Pública.

En México el numeral 2 del artículo 114 de la Ley de Amparo³⁶, establece: “El amparo se pedirá al juez del Distrito: {...} *II Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.- En estos casos cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere*

³⁴ GORDILLO Agustín – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, pág. IX 46 a IX 48.

³⁵ Código Contencioso Administrativo, República de Colombia, artículo 50.- “*Son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla*”.

³⁶ Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia”.

Con fines didácticos me refiero a lo que sucede en materia tributaria cuando la Administración Tributaria debido a que detecta la existencia de diferencias a favor del fisco en las declaraciones presentadas por los contribuyentes, emite la comunicación de diferencias prevista en el artículo 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno³⁷. En el citado artículo la Administración concede el plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación para que el contribuyente presente su declaración sustitutiva y cancele las diferencias; más adelante el artículo 107 B *ibídem*, señala que *“Si dentro del plazo señalado en el artículo anterior, el contribuyente no hubiere presentado la declaración sustitutiva, el Servicio de Rentas Internas procederá a emitir la correspondiente “Liquidación de pago por diferencias” y dispondrá su notificación y cobro inmediato incluso por la vía coactiva {...}”*.

En concordancia con lo indicado se sigue que, la comunicación por diferencias no es un acto decisorio o resolutorio, sino que es un acto de la administración que, a fuerza de ser reiterativa, comunica al contribuyente la existencia de diferencias en la declaración presentada; de modo que la comunicación por diferencias no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna; mientras que la Liquidación de Pago sí es un acto administrativo o resolutorio puesto que contiene la decisión final de la Administración Tributaria como es el pago de las diferencias detectadas por la Administración Tributaria; de modo que ese acto crea una situación jurídica como es la consolidación de la obligación tributaria por parte del sujeto pasivo³⁸ (contribuyente o responsable).

La Sala de lo Fiscal de la Corte Nacional de Justicia, ha desarrollado el tópico del acto de la Administración Tributaria, denominado comunicación por diferencias, como se detalla a continuación:

³⁷ Artículo 107 A Ley de Régimen Tributario Interno.-*“El Servicio de Rentas Internas notificará a los contribuyentes sobre las diferencias que se haya detectado en las declaraciones del propio contribuyente, por las que se detecte que existen diferencias a favor del fisco y los conminará para que presenten las respectivas declaraciones sustitutivas y cancelen las diferencias, disminuyan el crédito tributario o las pérdidas, en un plazo no mayor a veinte días contados desde el día siguiente a la fecha de notificación”.*

³⁸ Artículo 24 Código Tributario.- *“Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.-Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva”.*

Resolución No. 141-2007, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 79 de 2 de diciembre de 2009.- *"CUARTO:- La notificación de diferencias, por si misma no comporta una determinación tributaria. Efectivamente, tal conclusión dimana de los documentos que obran entre fs. 24 y 26 de los autos. Con el primero de ellos se requiere a la empresa que presente una declaración sustitutiva; con el segundo en forma reiterada se pide a la actora que presente la indicada declaración sustitutiva. En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desecha el recurso interpuesto. Sin costas Notifíquese, publíquese, devuélvase."*

Sentencia No. 140-2003, publicado en el Registro Oficial No. 439 de 11 de octubre de 2004.- *"El documento que contiene la notificación por diferencias de declaraciones que obra a fs. 2 de los autos no constituye una determinación de obligación tributaria. El mismo se contrae a disponer que la actora presente las declaraciones sustitutivas en base a las diferencias que se han detectado. Por lo tanto no le son aplicables las normas que regimientan los actos administrativos de determinación tributaria".*

Resolución No. 192-2006 publicado en el Registro Oficial de 25 de marzo de 2008.- *"SEXTO.- Esta Sala se ha pronunciado en similar sentido al que queda consignado en el considerando que antecede en los casos 140-2003 y 144-2003, publicados en el Registro Oficial 439 de 11 de octubre del 2004, en los cuales ha dejado en claro que se requiere de una liquidación para que proceda la demanda de impugnación, y que el Art. 196 de la Constitución que estatuye que se podrá impugnar las actuaciones de las administraciones, libra a la ley la forma cómo se ha de proceder. En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia de 24 de enero del 2006 expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y reconoce la legitimidad del oficio que corre de fs. 1 a 2 de los autos. Notifíquese, publíquese, devuélvase".*

Por consiguiente la comunicación por diferencias es un acto de trámite que no contiene la decisión definitiva de la Administración Tributaria, y por ende es el que da inicio al procedimiento

administrativo de determinación tributaria.

Ahora bien, una vez que se han identificado y se han definido a los actos de trámite, es oportuno referirse a los actos administrativos o actos decisorios, teniendo presente que las definiciones doctrinarias son abundantes y desatan polémica alrededor del concepto de acto administrativo; no obstante y a efecto de diferenciarlos con los actos de trámite no profundizaré en el mentado tópico sin embargo aludiré ciertas características.

El artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, define al acto administrativo como: “{...} *toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa*”.

Por manera que el acto administrativo podría ser definido como toda declaración unilateral emitida por autoridad competente que produce efectos jurídicos de manera directa; esto significa que (siguiendo la posición del profesor Roberto Dromi): a) La declaración es la forma de exteriorizar el acto administrativo que debe ser por escrito³⁹ b) Es unilateral porque la voluntad estatal es una sola y no puede ser escindida o dividida; c) Emitida por autoridad competente, porque un acto administrativo es válido solamente cuando es dictado por quien ostenta la competencia que a su vez es el conjunto de facultades que tiene el órgano de la administración pública y son ejercidas por la autoridad, agente público o funcionario, así “*la competencia administrativa se mide por la cantidad de poder o funciones depositados en un órgano o en un particular y que los habilita para elaborar y expedir un acto administrativo*”⁴⁰; y, d) produce efectos jurídicos individuales en forma directa, esto significa la creación de ciertas situaciones jurídicas y precisamente este es el elemento que diferencia al acto administrativo de los actos de trámite, porque los actos de trámite no crean, modifican o extinguen derechos subjetivos; en tanto que el acto administrativo o decisorio sí lo hace *verbi gratia*, la declaratoria de utilidad pública dictada por el Municipio de Quito, o el acta de determinación emitida por la Administración Tributaria en ejercicio de su facultad determinadora prevista en el artículo 68 del Código Tributario.

³⁹ “*La forma del acto administrativo es normalmente la escrita {...} por algunas razones específicas: porque en el caso normal de los actos recepticios, deben notificarse o publicarse {...}, notificación o publicación que sólo mediante forma escrita, con determinados requisitos formales, puede realizarse {...}*” GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNANDEZ Tomás Ramón Ob. Cit. Pág. 567.

⁴⁰ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime, Ob. Cit. Pág. 146.

1.4 Diferencia entre procedimiento administrativo y proceso judicial

Otro de los tópicos controversiales de la Ciencia del Derecho es la confusión que existe en establecer las diferencias entre procedimiento administrativo y proceso judicial; *verbi gratia* en el artículo 171 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal⁴¹, se establecía lo siguiente: "*La actividad municipal se desarrollará de acuerdo a una planeación sistemática y teniendo en cuenta el siguiente proceso administrativo: {...}*", de ahí que la misma legislación ecuatoriana no distinguía lo que es proceso de lo que es el procedimiento administrativo. Claro está que como el Derecho es parte de la estructura de la sociedad genera serios debates en cada una de sus ramas. En el caso del tema, materia de esta investigación amerita referirse a los conceptos enunciados.

El artículo 168 de la Constitución de la República establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida por los órganos que conforman la Función Judicial, y por los demás órganos y funciones establecidas en la Constitución. Lo propio lo propugna el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En la legislación ecuatoriana, específicamente el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial pone de manifiesto que las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento administrativo por autoridades del Estado distintas de quienes ejercen jurisdicción que reconozcan, declaren, restrinjan o supriman derechos no son decisiones jurisdiccionales, sino que constituyen actos de la Administración Pública.

En concordancia con las normas jurídicas invocadas, solamente los órganos que forman parte de la Función Judicial ejercen jurisdicción, no obstante hay que tomar en cuenta también que de conformidad con lo prescrito en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se ha institucionalizado la jurisdicción constitucional⁴² que a su vez es la potestad conferida por la Constitución a los órganos respectivos, para conocer y pronunciarse sobre asuntos en materia constitucional; la "*primera premisa de toda jurisdicción política o Justicia*

⁴¹ Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971.

⁴² "*La jurisdicción constitucional se ha establecido por la constitución, como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales cuyo contenido consiste en asegurar la integridad y la primacía de la Carta. Es la garantía básica del Estado Constitucional de Derecho. Asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros la leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional*" – Ponencia Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz – Corte Constitucional República de Colombia.

constitucional, es más bien un concepto preciso de lo que es litigio constitucional, acerca de lo cual conviene tener en cuenta que en este género de cuestiones, tanto en atención a su contenido como a su estructura, lo que las diferencia claramente de otros litigios, es su inmediata relación real con la Constitución”⁴³.

El *telos* del procedimiento administrativo es manifestar la voluntad de la Administración Pública, que se consolida como se ha señalado de manera reiterada, a través de una resolución o un acto final; mientras que el *telos* del proceso judicial es la solución de conflictos jurídicos, el resguardo de la supremacía constitucional o del principio de juridicidad, no se puede desconocer que existen asuntos en que no existe controversia y sin embargo son conocidos y sustanciados por las autoridades judiciales, como es el caso de las diligencias o actos preparatorios como los previstos en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil, ello porque la misma ley otorga jurisdicción a las autoridades judiciales para la sustanciación de los actos o diligencias preparatorias.

Ahora bien el proceso judicial es el “{...} *medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal que establece el orden de los actos (procedimiento) para una correcta (legal prestación de la actividad jurisdiccional).- Que recordemos se pone en marcha normalmente, cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción*”.⁴⁴ Del concepto aludido, se debe tener en cuenta que, de modo general el proceso judicial se inicia cuando el ciudadano ejerce la acción es decir propone una demanda⁴⁵ o una solicitud de acto preparatorio para que su pretensión sea resuelta por el juez competente es decir que mediante una demanda el actor pretende obtener de la autoridad judicial la declaración o reconocimiento de un derecho así lo estatuye el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; mientras que el procedimiento administrativo puede ser iniciado de oficio sin que se requiera solicitud; piénsese por ejemplo en un procedimiento de declaratoria de utilidad pública.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 135 establece que los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada. Por manera que sí el administrado va a sede judicial es para impugnar la resolución que

⁴³ SCHMITT Carl – LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN pág. 94.

⁴⁴ VESCOVI Enrique – TEORÍA GENERAL DEL PROCESO pág. 88

⁴⁵ El artículo 66 del Código de Procedimiento Civil dice: “*Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo*”.

afecte a sus subjetivos derechos o el acto administrativo decisorio; en tal virtud se puede advertir centrándome en el ámbito procesal administrativo que, la materia contencioso administrativa se encuentra estructurada necesariamente por un conflicto jurídico que se produce entre administración y administrado; por consiguiente lo vinculado a lo contencioso administrativo se genera por un desacuerdo del administrado respecto a un acto, hecho o incluso contrato de la Administración Pública; dado que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado le otorga la competencia al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo⁴⁶ para conocer y resolver de todas las demandas y recursos que dimanen de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos suscritos o producidos por las entidades del sector público, sin que sea requisito previo agotar la vía administrativa; entonces la justicia administrativa es un mecanismo técnico de control jurisdiccional que fiscaliza a los órganos de la Administración Pública para ratificar la validez de sus actuaciones o eliminarlas con fuerza de cosa juzgada cuando aparecen elementos de ilegalidad o contravienen el ordenamiento jurídico o los derechos subjetivos de los administrados, así el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa dice que el recurso contencioso administrativo es de dos clases: a) De plena jurisdicción o subjetivo que ampara un derecho subjetivo del recurrente; y b) de anulación u objetivo o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva.

Sin embargo en la citada disposición legal nada se dice respecto a las acciones contractuales que son conocidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no sólo por lo estatuido en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, sino por el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que prescribe que los términos para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa son de noventa días para los recursos subjetivos o de plena jurisdicción; tres años para el recurso objetivo o de anulación; y, en materia contractual y otras competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso, la demanda se puede proponer hasta en el plazo de cinco años. En este sentido, la doctrina colombiana⁴⁷ sostiene que las características del proceso contencioso administrativo son las siguientes:

⁴⁶ Resolución de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 276 de 10 de septiembre de 2010, artículo 1.- *“Hasta que se conformen las Salas especializadas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, los actuales Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia para tramitar y resolver todos los asuntos previstos en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial”.*

⁴⁷ BETANCUR JARAMILLO Carlos – DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO pág. 30 Quinta Edición SEÑAL EDITORA año 2000.

- a) Conflicto jurídico o desacuerdo.
- b) Las partes del conflicto se identifican como administrado y la administración en cualquiera de sus manifestaciones ordinariamente en su papel de demandada.
- c) El cuestionamiento jurídico de la actividad administrativa lesiva del orden jurídico o de los derechos de los administrados.
- d) La existencia de un Tribunal independiente de la administración que decide con apoyo en normas propias con fuerza de verdad legal.

Como se manifestó en párrafos precedentes entre proceso judicial y procedimiento administrativo existen diferencias que se derivan de la finalidad que persigue cada uno de ellos porque el primero pretende resolver los conflictos o desacuerdos surgidos entre Administración y administrado en sede administrativa (potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); mientras que el segundo tiene por objeto la consolidación de la función administrativa dependiendo de su materia, *verbi gratia* un Municipio que declara un bien de utilidad pública⁴⁸ para la construcción o edificación de una obra pública; por ende existe una dualidad de fines *merced* a las competencias otorgadas por la Constitución y la ley sin embargo de manera paralela a los objetivos particulares que persigue *ora* el procedimiento administrativo *ora* el proceso contencioso administrativo, ambos deben ser verdaderos sistemas garantes del derecho al debido proceso consagrado en la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Otra de las diferencias entre el procedimiento administrativo y judicial radica en la autoridad que sustancia, toda vez que en el caso del procedimiento administrativo es un funcionario que pertenece a la misma Administración Pública, mientras que en el caso del proceso contencioso administrativo es un tercero imparcial que en la actualidad y de conformidad con lo prescrito en el artículo 216 del Código Orgánico de la Función Judicial son las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, mas sucede que, de acuerdo a la Resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Registro Oficial No. 276 de 10 de septiembre de 2010 son los Tribunales de lo Contencioso Administrativo los que mantienen aún jurisdicción y competencia para resolver

⁴⁸ Constitución de la República, artículo 323.- “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.- Se prohíbe toda forma de confiscación”.

los conflictos que dimanen de los actos, hechos y contratos de la Administración Pública hasta que se creen las mencionadas Salas de las Cortes Provinciales.

La estructura de la jurisdicción contencioso administrativa es acertada en el Ecuador, pues se prevé una verdadera fiscalización jurídica por parte de un tercero imparcial como es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, porque en la práctica en sede administrativa en muchas ocasiones no se hacen efectivos los derechos ni existe un verdadero control de legalidad pese a que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, contempla los siguientes recursos: recurso de reposición, apelación y revisión, sin embargo los actos administrativos pese a no estar correctamente emitidos y violentar los derechos de los administrados son ratificados por los superiores jerárquicos de la autoridad emisora del acto impugnado; de ahí que lo más idóneo sea recurrir directamente a la justicia administrativa para que se hagan efectivos los derechos de protección o garantías del debido proceso y se produzca una verdadera fiscalización jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales. Debiendo hacer presente que, la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa amerita una urgente reforma que se encuentre en armonía con la nueva realidad jurídica y social que responda a los principios garantistas, tanto más cuanto que, existen normas que aún cuando se encuentran vigentes, pugnan con los preceptos constitucionales por estar anquilosadas *verbi gratia* la letra a) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa que establece que no son sujetos de control los actos discrecionales, lo cual a todas luces contraviene el artículo 173 de la Constitución de la República, que propugna que son impugnables todos los actos administrativos dictados por cualquier autoridad del Estado.

Como un dato relevante, es pertinente expresar que la justicia administrativa ha adoptado diversos modelos en el mundo, por ejemplo en el sistema Francés la justicia administrativa que surgió partiendo del principio de la separación de poderes, la ejercen las mismas autoridades administrativas que tienen la calidad de tribunal <<Consejo de Estado Francés>>; claro está que en Francia se produce un autocontrol administrativo vinculado con el principio de separación de poderes de ahí que, los fundamentos que regentan el sistema de la justicia administrativa en el Estado Francés son: a) La defensa del principio de legalidad; y b) El principio de separación de poderes.

En armonía con lo señalado, respecto al Consejo de Estado, huelga manifestar que en el Ecuador

también existía un Consejo de Estado a la luz de la Constitución del año de 1945, órgano que se encontraba integrado por los siguientes vocales: a) Presidente de la Corte Suprema de Justicia que lo presidía; b) Un senador elegido por el Senado; c) Un diputado elegido por la Cámara de Diputados; d) Dos ciudadanos elegidos por el Congreso Pleno; e) Procurador General de la Nación; f) El contralor General de la Nación; g) Un representante del Consejo Nacional de Economía, elegido por éste; h) El Presidente del Tribunal Supremo Electoral; i) Un oficial o general superior designado; i) Un oficial General o superior designado anualmente por las Fuerzas Armada; y, j) el Presidente del Instituto Nacional de Preinversión; por ende todas las autoridades del aparato estatal conformaban el Consejo de Estado que entre sus funciones⁴⁹ tenía la de conocer y resolver sobre los procesos contencioso administrativos.

En suma, a lo largo de este capítulo, he podido llegar a establecer cuáles son las funciones del procedimiento administrativo, que en definitiva permiten de un lado hacer efectivos los derechos del administrado y en contrapartida ser un mecanismo de autocontrol para la Administración Pública, además he elaborado un concepto del procedimiento administrativo, amparándome en la doctrina, toda vez que en nuestro sistema jurídico no existe un concepto de procedimiento administrativo y estimo que la importancia del mismo ha sido soslayada, precisamente por la carencia del desarrollo doctrinario y académico de esta parte específica del Derecho Administrativo, cual es el procedimiento administrativo, en este sentido también he precisado las diferencias entre proceso judicial (contencioso administrativo) y procedimiento administrativo, con la finalidad de identificar y tener presente que aún cuando materialmente el procedimiento administrativo cuanto el proceso judicial puedan tener sus similitudes ello no implica que signifiquen lo mismo, como lo he dejado señalado en párrafos precedentes.

De tal guisa que, me permití hacer un enfoque respecto al procedimiento administrativo, con el fin de tener una visión correcta de esta parte del Derecho Administrativo y así poder referirme a la forma cómo se encuentran estructurados algunos de los múltiples procedimientos administrativos que contempla el sistema jurídico ecuatoriano, tanto más cuanto que, si no se tiene una noción de lo que es el procedimiento administrativo y sus funciones no es factible poder establecer su estructura e imposible aún referirse al tópico de los principios que es el tema central de mi trabajo de investigación.

⁴⁹ Numeral 8 del artículo 146 de la Constitución de la República del Ecuador 1946.

CAPITULO II

ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

Conforme se ha descrito en el capítulo anterior donde se abordó el tema del procedimiento administrativo, se tiene que, los procedimientos administrativos están estructurados de manera dispersa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual contraviene a la seguridad jurídica consagrada en el artículo 82 de la Constitución de la República, por dos razones esenciales: a) Las autoridades no tienen lo suficientemente claro a qué normativa se someten; y, b) Generalmente las normas que integran el sistema jurídico no reglan el procedimiento de formación del acto administrativo, sino solamente aluden a la etapa de impugnación.

En concordancia con lo citado en el párrafo anterior, se sigue que una sola normativa podría reglar la etapa de formación del acto administrativo –procedimiento administrativo-. Sin embargo he considerado conveniente analizar la estructura de los procedimientos administrativos establecidos en el Estatuto de la Función Ejecutiva -ERJAFE-, Código Orgánico de Ordenamiento Territorial -COTAD- y Código Tributario, ello con el fin de demostrar que existen principios comunes en los procedimientos administrativos independientemente de la materia que regulen.

2.1 EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA –ERJAFE-

Antes de la emisión del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (parte procedimental año 2002)⁵⁰ el sistema jurídico solamente se ocupaba de regular el procedimiento administrativo a partir del momento de la impugnación como es el caso del Código Tributario, y se establecía que el derecho de petición prácticamente era el único mecanismo que permitía el inicio de la actuación administrativa; en tanto que con la vigencia de la norma estatutaria (que si bien no rige para todas las entidades públicas) se ha pretendido regular también la producción de los actos administrativos y no sólo la fase de control o impugnación, como sucedía hasta antes del año 2002.

⁵⁰ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Clases de inicio del procedimiento administrativo: De oficio o a solicitud de persona interesada.

La norma estatutaria señala que el procedimiento administrativo se inicia de oficio o por solicitud de persona interesada, sin que se establezca los casos en que el procedimiento administrativo se inicia de oficio, sin embargo y para ejemplificar se puede citar al acto de la Administración que notifica con el procedimiento previo a la declaratoria de utilidad pública. Mientras que, como se verá más adelante en el Código Tributario existen procedimientos iniciados con el objeto de cumplir un deber legal, tal es el caso de los requerimientos de información que realiza la Administración Tributaria de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 96 del Código Tributario.⁵¹

En cuanto al procedimiento administrativo que se inicia por solicitud de persona interesada, se puede traer como ejemplo al derecho de petición consagrado en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República y desarrollado en el artículo 28 de la Ley de Modernización; derecho que es el *íter* para el ejercicio de otros derechos que reconoce la Constitución, y que consiste en la posibilidad de presentar solicitudes o peticiones a las autoridades competentes. La garantía de este derecho radica en que la autoridad competente debe pronunciarse no necesariamente de modo favorable sino sobre el fondo del contenido de la petición en el tiempo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado⁵² que es de quince días.

⁵¹ Numeral 3, artículo 96 Código Tributario: “*Son deberes formales de los contribuyentes o responsables: {...} 3. Exhibir a los funcionarios respectivos las declaraciones, informes, libros y documentos relacionados con los hechos generadores de obligaciones tributarias y formular las aclaraciones que les fueren solicitadas.*”

⁵² Ley de Modernización del Estado, artículo 28.- “*Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.- En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.- En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.- Para este efecto el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar a pedido del interesado bajo pena de destitución una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.- En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptar e un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.- La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento*”.

En lo atinente al derecho de petición la Corte Constitucional de Colombia ha emitido el siguiente pronunciamiento: *“Esta Corporación ha sido bastante prolífica en sus decisiones, al delimitar el alcance de protección al derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 del texto superior.- Textualmente la disposición constitucional señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.- El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.- A partir de este postulado constitucional, la Corte ha considerado que el núcleo esencial del derecho de petición radica en la resolución pronta y oportuna de la cuestión solicitada.- De esta manera, la vulneración del derecho de petición se concreta cuando no se produce una respuesta de fondo, clara, oportuna y que además ésta se genere en un término razonable”.*⁵³

En concordancia con lo indicado, el deber de tutela que consagra el artículo 75 de la Constitución de la República se extiende a la Administración Pública encargada de conocer y resolver situaciones administrativas; así en cumplimiento de lo señalado los órganos que conforman la Administración Pública tienen la obligación de atender las peticiones presentadas por los administrados o ciudadanos, así como hacer efectivas las garantías del debido proceso a los peticionarios y claro a dictar una resolución motivada dentro de los plazos que prevé el ordenamiento jurídico; entonces la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo iniciado de oficio o como consecuencia del derecho de petición debe decidir todos los puntos expuestos por el administrado y así como las cuestiones que se deriven del procedimiento respectivo.

Retomando nuevamente el tópico que se aborda, cabe señalar que el procedimiento administrativo puede iniciarse: a) De oficio; b) En cumplimiento de una obligación legal; y, c) En ejercicio del derecho de petición; por ende estas tres actuaciones de modo general, finalizan con un acto administrativo, materializado en una resolución.

En el capítulo anterior se analizó la función del procedimiento administrativo dentro del cual se pudo observar que, el mismo se encuentra constituido por una serie de actos de la Administración que concluyen con la emisión del acto administrativo definitivo o resolución que a criterio del profesor Juan Carlos Benalcázar implica *“la resolución administrativa que produce plenos efectos*

⁵³ SENTENCIA No. T 735-2010 Corte Constitucional República de Colombia.

*jurídicos que es idónea por sí misma para producirlos”;*⁵⁴ para tal efecto es necesario definir al acto administrativo con el afán de distinguirlo de los actos de mera administración o trámite que si bien forman parte del procedimiento administrativo no constituyen, resolución, pues se “*ubican dentro de lo que es previo a la decisión final administrativa, y preparatorio de la misma.- Dentro de ellos no se incluyen solamente a los que versan sobre la ordenación del procedimiento administrativo sino también a los actos materiales distintos de la simple ordenación (informes, propuestas, autorizaciones previas, aprobaciones iniciales, etcétera) que preparan la resolución final*”.⁵⁵

El acto administrativo para el profesor Cassagne comprende “{..} *toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto*”.⁵⁶

El acto administrativo puede ser definido como la declaración unilateral de autoridad competente que produce efectos jurídicos individuales en forma directa, de ahí que el acto administrativo simboliza el modo de actuar de la Administración y se exterioriza a través de resolución que a su vez es el “*modo normal de terminación del procedimiento administrativo*”.⁵⁷

Existen medidas provisionales que pueden ser adoptadas de oficio o a petición de parte con el afán de asegurar la eficacia de la resolución.

Las medidas provisionales son instituciones que, emergen del Derecho Procesal y se caracterizan por ser: instrumentales, fungibles o limitadas en la duración de sus efectos pues se mantienen mientras exista la amenaza grave e inminente de la existencia de un peligro de daño que puede producirse, como consecuencia del retardo en la emisión de la decisión definitiva.

Las medidas provisionales pueden ser definidas como instrumentos de carácter temporal que

⁵⁴ BENALCAZAR GUERRON Juan Carlos DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, pág. 120. Fondo Editorial ANDRADE Y ASOCIADOS, Julio 2007.

⁵⁵ BENALCÁZAR GUERRÓN JUAN CARLOS Ob. Citada.

⁵⁶ CASSAGNE Juan Carlos – DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pág. 47 Editorial Abeledo Perrot Sexta Edición Actualizada.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO pág. 514 Editorial CIVITAS 2001.

“*surgen del peligro de un daño jurídico*” tienen por objeto evitar o impedir la amenaza de consolidación de un daño.

Aun cuando no lo determine el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; es preciso señalar que las medidas provisionales no deben ser concedidas discrecionalmente, sino que debe preceder los argumentos necesarios para ello y por esto es que la autoridad competente para el otorgamiento o emisión de las mismas debe tomar en cuenta los principios como el “*fumus bonis iuris*” que implica que la autoridad no analiza el asunto de fondo, es decir que lo trascendente no es la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo, sin embargo tiene la obligación de valorar la situación de riesgo de los implicados; y, “*periculum in mora*” que radica en que el peligro de la demora podría llevar a la posibilidad de que se produzca un daño irreparable.

Por manera que *ora* el *fumus bonis iuris* *ora* el *periculum in mora* deben concurrir simultáneamente para que la autoridad pueda dictar una medida provisional; lo cual sugiere que, la competencia para dictar medidas provisionales debe ejercerse con estricta sujeción a las normas constitucionales y demás que conforman el sistema jurídico ecuatoriano, esto es que la medida provisional sólo puede ser otorgada cuando existan documentos o medios materiales que permitan configurar una presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto, de ahí que, el *periculum in mora* no se limita a la simple hipótesis o suposición sino a la presunción grave de que puede sobrevenir o consolidarse un daño, *ora* por la dilación del procedimiento administrativo, *ora* por los hechos que aparezcan del expediente; mientras que el *fumus bonis iuris* se vincula con la verosimilitud del riesgo no con la certeza del derecho, dado que la autoridad no resuelve sobre el fondo del asunto.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se presentan situaciones paradójicas como es el caso de la institucionalización de medidas provisionales administrativas; y, la no existencia de medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, lo que torna ineficaz a la vía judicial, cuyo efecto es el ejercicio de garantías jurisdiccionales, particularmente la acción de protección en lugar de concurrir directamente a la vía contencioso administrativa.

Ahora bien, las medidas provisionales establecidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pueden ser un mecanismo para empoderar aún más a la

Administración Pública en desmedro del administrado en lugar de constituir un mecanismo efectivo en miras de precautar el bien común; es por ello que de mayor importancia y necesidad sería la institucionalización de medidas cautelares en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

En atención a lo indicado, las medidas provisionales establecidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pueden ser adoptadas en dos momentos:

a) Dentro del procedimiento administrativo para asegurar la eficacia de la resolución, siempre que existan los suficientes argumentos para ello.

Como dejé sentado en líneas precedentes, las medidas provisionales o cautelares son extremadamente necesarias en los procesos contenciosos administrativos, sin embargo dentro del procedimiento administrativo y puesto que *“La Administración Pública personifica el Poder del Estado; es por ello una potentior persona, un personaje poderoso cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público”*⁵⁸; estimo que el dictarse medidas provisionales no sería del todo equitativo por cuanto dentro del procedimiento administrativo, la Administración Pública es el árbitro del procedimiento.

b) Antes de iniciar el procedimiento administrativo para la protección de los intereses de los implicados, las cuales pueden ser dictadas de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, se podrán adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de ley.

En este caso hay que tener en cuenta que la parte procedimental del -ERJAFE- no se encuentra en armonía con la realidad ecuatoriana, tan es así que efectuando una investigación de normas que regulan la Función Ejecutiva y establezcan medidas provisionales (como lo señala el numeral 2 del artículo 139 del -ERJAFE-) he podido encontrar al Texto Unificado de Legislación del MICIP, que no tiene el rango de ley y que contempla la posibilidad de adopción de medidas provisionales en sede administrativa, *verbi gratia* en las definiciones constantes en el artículo 252 de la aludida norma se tiene: *“Medida de Salvaguardia provisional.- Toda medida de carácter temporal que se*

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNANDEZ Tomás Ramón – CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I pág. 51 Editorial CIVITAS 2001.

adopta en presencia de circunstancias críticas a una rama de producción nacional con el fin de evitar un daño grave”.

Cabe indicar que este tipo de medidas provisionales a las que se refiere el Texto Unificado de Legislación del MICIP, pueden ser adoptadas dentro de los procedimientos de investigación de prácticas desleales de comercio internacional, que están previstos a partir del artículo 264 de la normativa *supra*; así como también se establecen medidas provisionales en el Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción que regula lo inherente al Comercio Exterior, así el artículo 72 del Reglamento en comento, dice: *“La autoridad investigadora elaborará el informe técnico determinado si procede, el nivel de las medidas antidumping provisionales y lo someterá a conocimiento y resolución del COMEX, para lo cual si fuera del caso, este organismo se reunirá de manera extraordinaria.- No se aplicará medidas provisionales antes de transcurridos 60 días desde la fecha de iniciación de la investigación.- Se podrán aplicar medidas provisionales si: a) Se ha iniciado una investigación de conformidad con este reglamento, se ha dado un aviso público a tal efecto y se han dado a las partes interesadas oportunidades adecuadas de presentar información y hacer observaciones.- b) Se ha llegado a una determinación preliminar positiva de la existencia de dumping y del consiguiente daño a la rama de producción nacional; y, c) La autoridad competente juzga que tales medidas son necesarias para impedir que se cause daño durante la investigación”.*

El artículo 139 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva preceptúa que las medidas provisionales deben ser confirmadas, modificadas o revocadas en la resolución de inicio del procedimiento administrativo que debe ser emitida dentro de los diez días siguientes a la adopción de las medidas provisionales; las cuales quedan sin efecto si no se inicia el procedimiento en el mencionado plazo o cuando la resolución de inicio no contenga un pronunciamiento expreso respecto de las medidas provisionales.

El órgano que inicie o tramite un procedimiento cualquiera puede disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Aún cuando la norma estatutaria no lo señala, considero que la acumulación procede de oficio o a petición del interesado cuando el otro u otros procedimientos guarden identidad sustancial o íntima

conexión (no sean excluyentes) de modo general esto sucede cuando iniciado separadamente dos o más procedimientos de índole administrativa las situaciones de ellos se reúnen o confluyen de tal manera que obligan a la autoridad a decidir través de una sola resolución; eso hace posible incluso la consolidación del principio de simplificación administrativa.

Es menester señalar que contra la resolución de acumulación no existe recurso alguno.

Cumplimiento de trámites por parte de los interesados.

El concepto de interesado se vincula primero con la capacidad civil que emerge del Libro IV del Código Civil que en el artículo 1461 preceptúa: *“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra”*.

Del mismo modo el artículo 6 del Código de Comercio señala: *“Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio”*.

Por manera que, para ser interesado en un procedimiento administrativo amerita tener capacidad en el ámbito civil cuanto en el ámbito de comercio; así en el ámbito privado lo que existe es la capacidad a diferencia del Derecho Público en donde a más de tener capacidad es imprescindible ostentar también la competencia; de tal guisa que, la capacidad consiste en la facultad que tienen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones que puede ser de goce cuando las personas naturales o jurídicas son sujetos de derechos y obligaciones, y, en cuanto a la capacidad de ejercicio se refiere a la facultad que la Constitución y la ley le reconocen a las personas para poderse obligar por sí misma sin la intervención o autorización de otra persona.

Aplicando los conceptos que proporciona el libro IV del Código Civil, pueden intervenir dentro del procedimiento administrativo las personas naturales siempre que tengan capacidad en el ámbito civil y de comercio; por ende pueden actuar (aunque no directamente sino a través de representantes) las personas jurídicas, los menores adultos, los impúberes, y quienes sean incapaces según el artículo 1463⁵⁹, puesto que según el artículo 1464 del Código Civil lo que una persona

⁵⁹Código Civil artículo 1463.- *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no*

ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por norma legal para representarla, surte respecto al representado iguales efectos que si él mismo hubiese actuado; de ahí que el numeral 2 del artículo 108 de la norma estatutaria *supra*, dispone que: “*Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante la Administración Pública Central*”. Por consiguiente por las personas jurídicas interviene su representante legal.

En lo atinente a los interesados con capacidad para intervenir en el procedimiento administrativo, los mismos pueden actuar por medio de un representante – a menos que la Administración Pública requiera de modo expreso la comparecencia del interesado⁶⁰ que puede ser designado como lo señala el Doctor Agustín Gordillo⁶¹ a través de poder notarial o carta suscrita por el mandante.

Los Interesados

En atención a lo manifestado y en concordancia con la norma estatutaria (Artículo 107), dentro del procedimiento administrativo existen algunas clases de interesados así:

a) Los que sean titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. Esto significa que la titularidad posee dos características, la primera consiste en el reconocimiento que da el ordenamiento jurídico con respecto a los derechos; y, la segunda se relaciona con la posibilidad de exigir el cumplimiento de una conducta positiva o negativa por parte de la Administración, como en el caso de una declaratoria de utilidad pública en contra del ciudadano XYZ, quien a su vez tiene el derecho a la propiedad reconocido por la Constitución de la República, y ostenta la titularidad por cuanto el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública se ha dictado en contra de XYZ.

Desde luego que no todo interés puede ser catalogado como interés legítimo; porque como lo señala el Dr. Fernando Garrido Falla, existen normas de acción que se refieren a la organización, contenido

pueden darse a entender por escrito.- Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales y no admiten caución.- Son también incapaces los menores adultos, los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.- Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes.- Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Artículo 1464.- “*Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo*”.

⁶⁰ Me remito al artículo 108 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁶¹ GORDILLO AGUSTÍN – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO pág. I-29 (Tomado de la página web http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo1.pdf).

y procedimiento de la actuación de la Administración Pública, e imponen una conducta obligatoria para la Administración, así cualquier persona podría invocar su interés en que las normas de acción sean observadas y respetadas por la Administración Pública, sin embargo ese sería un “*interés vago e impreciso*”⁶²; que desde luego no está protegido por el sistema jurídico; como contrapartida pueden presentarse situaciones en las que la no observancia de la Administración Pública con respecto a las normas de acción, traiga como consecuencia una desventaja de modo particular para el administrado con respecto a los demás ciudadanos, ello sucede cuando sin que un ciudadano sea titular de un derecho puede exigir el cumplimiento de una conducta positiva o negativa de la Administración por cuanto el acto administrativo lo afecta, *verbi gratia*, el otorgamiento de permisos para el establecimiento de lugares de tolerancia en una zona donde se encuentre una guardería; es indudable que los interesados legítimos serían los administradores de la guardería y los padres de familia para solicitar al Municipio la revocatoria del citado permiso, los últimos para precautelar los intereses de los menores.

b) Los que sin haber iniciado el procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados; así como aquellos cuyos intereses legítimos individuales o colectivos puedan resultar afectados por la resolución y se vuelvan parte en el procedimiento mientras no se haya dictado resolución definitiva. Estas definiciones se vinculan con el concepto proporcionado en el párrafo anterior es decir no con la titularidad de un derecho sino con un interés legítimo.

2. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva conceptúa dentro de los interesados a las asociaciones y organizaciones representantes de intereses gremiales, económicos o sociales, por ejemplo las Asociaciones de Trabajadores.

3. De igual modo la norma estatutaria, se refiere a las relaciones jurídicas transmisibles como es el caso de los derechohabientes quienes sucederán al administrado en cualquier etapa del procedimiento.

En lo que respecta a los trámites que deben ser cumplidos por los interesados el -ERJAFE- en su artículo 143 dispone que deben ser complementados en el plazo de diez días contados a partir de la notificación del acto, excepto cuando una norma jurídica fije plazo distinto; así también cuando la

⁶² GARRIDO FALLA Fernando; PALOMAR OLMEDA Alberto; LOSADA GONZÁLES Hermidio – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO pág. 526 VOLUMEN I PARTE GENERAL DÉCIMO CUARTA EDICIÓN Editorial TECNOS.

Administración Pública en cualquier momento estime que alguno de los actos de los interesados que forman parte del expediente administrativo no reúnen los requisitos necesarios, la Administración pondrá en conocimiento del interesado para lo cual se le concederá el plazo de diez días para cumplir la citada disposición; caso contrario la Administración se reserva la facultad de declarar que han desistido en su derecho al trámite correspondiente.

Lo establecido en el artículo 143 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, viene en vista de que la sí el administrado o interesado por negligencia o incuria dejó vencer términos, o no hizo uso de los recursos que el mismo sistema jurídico lo brinda, la Administración Pública no puede subsanar la negligencia, tanto más cuanto que, el interesado no podría afirmar que hubo vulneración del derecho a la defensa por su falta de diligencia dentro del procedimiento administrativo.

Actos de Instrucción, necesarios para la determinación conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

Indubitablemente a la Administración Pública le corresponde instruir los actos necesarios a fin de verificar los hechos que argumenten una correcta decisión; así el profesor Roberto Dromi, afirma que: “{...} la garantía de defensa y el debido proceso administrativo no sólo comprende el derecho de los administrados a ser oídos y a obtener una decisión fundada sino también a ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes.- Pero también corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos que fundamentan la decisión”.⁶³

Los actos de instrucción que se encuentran previstos en el artículo 145 del -ERJAFE- son todos los actos que el órgano de la Administración Pública requiere para resolver adecuadamente los que pueden disponerse de oficio y entre ellos figuran las siguientes actuaciones:

a) Alegaciones.-

El alegato es la exposición de los argumentos fácticos y jurídicos, por las cuales el administrado o

⁶³ DROMI Roberto – EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO pág. 127 Editorial ciudad Argentina 1999.

interesado pretende que su derecho sea reconocido, o en su defecto que la Administración ejecute una conducta afirmativa o negativa. Según el -ERJAFE- las alegaciones, pueden ser presentadas en cualquier momento del procedimiento administrativo hasta antes de la audiencia, la autoridad competente para la consolidación del derecho a la defensa debe tomarlos en cuenta para dictar la resolución respectiva.

Es indudable que los alegatos tienen un papel preponderante para que la autoridad tenga un mayor y mejor entendimiento de los hechos, así tiene un panorama más amplio del universo jurídico que protege los intereses en conflicto, en consecuencia, las alegaciones tienen una doble funcionalidad. Por una parte permiten consolidar el derecho de contradicción, y, por otra ofrecen a la autoridad administrativa el otorgamiento no sólo de situaciones fácticas sino de razonamientos jurídicos que hacen posible incluso un mayor desarrollo de la doctrina jurídica.

El -ERJAFE- establece que los administrados pueden alegar en cualquier etapa del procedimiento, así como también pueden aportar con documentos u otros elementos que formarían parte de la estación probatoria, puesto que la autoridad competente debe tener en cuenta todos los elementos necesarios para poder dictar la resolución correspondiente.

b) Prueba para acreditar los hechos relevantes

Las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República deben ser aplicadas también a los procedimientos administrativos. Frente a ello, conviene señalar que la Constitución de la República textualmente señala: *“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 {...}”*; de lo transcrito y desde luego aplicando el método literal parecería que el artículo 76 de la Constitución de la República al emplear la palabra *“procesos”* aludiría simplemente a los procesos judiciales, soslayando el procedimiento administrativo; mas sucede que la realidad es distinta toda vez que, la Constitución no puede ser interpretada de manera aislada sino como un sistema, para lo cual es menester hacer alusión a lo establecido en el numeral 1 del artículo 3 *iusdem*, que prescribe: *“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 {...}”*.

Consecuentemente, y considerando que la Constitución debe ser interpretada bajo el principio de unidad⁶⁴ se concibe que el debido proceso y sus garantías contempladas en el artículo 76 de la Constitución de la República tienen que ser aplicadas por la autoridad competente dentro de un procedimiento administrativo, haciendo presente también que los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José; Estatuto de Roma, etc., vinculan al Estado ecuatoriano e incluso pueden llegar a formar parte del denominado bloque de constitucionalidad que según la doctrina ha sido definido como *“el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía de derecho internacional de los derechos humanos”*⁶⁵.

En concordancia con lo manifestado es pertinente remitirse al numeral 4; y, a la letra h) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República que se refiere a las pruebas como parte del debido proceso, esto es el derecho a que las pruebas sean practicadas con sujeción a la Constitución, caso contrario dentro del procedimiento administrativo como lo señala el numeral 3 del artículo 147 del -ERJAFE- quien lo instruye puede rechazar las pruebas solicitadas por el interesado de manera motivada; y, de otro lado el derecho a solicitar pruebas, para replicar los argumentos de la Administración Pública que es el árbitro del procedimiento administrativo, a fin de ejercer una de las garantías del derecho a la defensa.

Las pruebas son los mecanismos prescritos en el sistema jurídico, que tienen como objetivo crear en la Administración Pública la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia del procedimiento administrativo; por lo tanto en sede administrativa le corresponde valorar las pruebas a la autoridad competente mientras que en sede judicial al juez.

Al respecto la *otrora* Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado así: *“La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador*

⁶⁴ *“Las normas constitucionales deben ser interpretadas en su conjunto armónico y sistemático, porque la Constitución en tal virtud, la interpretación debe estar orientada a defender la unidad de la Constitución, como punto de partida del sistema jurídico”* en JARAMILLO HUILCAPI VERÓNICA – LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO pág. 98 Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES 2011.

⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ Humberto – EL DERECHO Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN (AMPARO) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE A INICIOS DEL SIGLO XXI; en EL DERECHO DE AMPARO EN EL MUNDO, pág. 161 (Coordinadores FIX ZAMUDIO Héctor y, FERRER MAG GREGOR Eduardo).

determina la fuerza de convicción, en conjunto de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente.- Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de justicia {...}”⁶⁶

Al tenor del -ERJAFE- los hechos relevantes pueden acreditarse por cualquier medio admisible en derecho, así el Código de Procedimiento Civil en su artículo 121 determina como medios de prueba a la confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o intérpretes, admitiéndose también las grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos o telemáticos o de una nueva tecnología, y, exámenes morfológicos, sanguíneos o de naturaleza técnica y científica.

En atención a lo señalado, estimo que dentro del procedimiento administrativo pueden ser medios de prueba todos los previstos en el Código de Procedimiento Civil, con excepción de la confesión judicial, puesto que por su naturaleza la confesión judicial -reconocimiento que hace una persona ante un juez contra sí misma sobre la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho⁶⁷; debe ser tomada por un juez competente, precisamente para que constituya prueba.

En lo atinente a la estación probatoria el -ERFAJE- estatuye que la Administración cuando no tenga por ciertos los hechos alegados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor debe acordar la apertura del término a prueba por un plazo no superior a veinte días ni inferior a diez; así también cuando el interesado solicite la apertura del período de prueba es obligación de la Administración Pública la concesión de la etapa de prueba por un plazo no superior a veinte días ni inferior a diez días.

c) Solicitud de Informes

Dentro del procedimiento administrativo, como lo señala el -ERJAFE- la autoridad instructora,

⁶⁶ Tomado de la Gaceta Judicial ecuatoriana No. 14 de 11 de febrero de 1999 pág. 3962.

⁶⁷ Artículo 126 Código de Procedimiento Civil.

debe solicitar informes⁶⁸ cuando sean obligatorios de acuerdo a las normas jurídicas o en el caso que considere necesario para mejor resolver, pues existen asuntos en que la autoridad tiene que apoyarse en informes técnicos, económicos o jurídicos que aún cuando no tengan el carácter de vinculante, evidentemente son de importancia para una adecuada resolución final. Claro está que por el principio de simplicidad administrativa es necesario que la autoridad prescinda de los informes que no son trascendentes ni se vinculan con los aspectos esenciales que se discuten en el procedimiento administrativo.

La doctrina define a los informes como: “{...} *declaración de juicio que emiten determinados organismos técnicamente cualificados de la Administración Pública, a los efectos de ilustrar la voluntad del órgano de decisión.- Desde el punto de vista del procedimiento administrativo, la intervención de estos órganos de consulta puede ser facultativa u obligatoria de donde la distinción de los dictámenes en facultativos u obligatorios.- A su vez los obligatorios pueden tener un valor vinculante o no vinculante según la obligación que pese sobre el órgano decisor de ajustarse o no a él en la resolución*”.⁶⁹

d) Audiencia

La audiencia es el momento procedimental que permite a la Administración cuanto al administrado presentar una sinopsis jurídica de los hechos, materia del procedimiento, para que la autoridad instructora tenga los suficientes elementos a fin de dictar una resolución adecuada. La audiencia dentro del procedimiento administrativo previsto en el -ERJAFE- se desarrolla antes de la emisión de la resolución, siendo la excepción es decir no tiene lugar la audiencia cuando no se encuentre prevista en el procedimiento o cuando los administrados expresen su decisión de no alegar verbalmente ni por escrito.

De conformidad con lo señalado en párrafos anteriores, el -ERJAFE- dentro de los actos de instrucción contempla la fase de alegación y establece que la misma tiene lugar hasta antes de la audiencia; no obstante considero que tal disposición es un tanto inaplicable porque la audiencia es

⁶⁸ ERJAFE, Artículo 149.- “A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean obligatorios por las disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentado, o en su caso la conveniencia de solicitarlos”,

⁶⁹ GARRIDO FALLA Fernando- TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO PARTE GENERAL VOLUMEN I pág. 584 Editorial TECNOS 2003.

el momento procedimental oportuno para que se haga efectivo el derecho de contradicción de las partes involucradas dentro de un procedimiento administrativo, y por lo tanto los alegatos son la parte primordial de la audiencia. Por manera que en un mismo momento procedimental pueden realizarse los alegatos juntamente con la audiencia.

Terminación del Procedimiento Administrativo

El -ERJAFE- contempla que el procedimiento administrativo puede terminar a través del acto administrativo definitivo o los actos de trámite o de procedimiento, que serán analizados a continuación:

Emisión de la Resolución respectiva o del acto administrativo definitivo.

De manera general el procedimiento administrativo concluye con la emisión de la correspondiente resolución que viene a ser el acto administrativo definitivo, por consiguiente el acto administrativo es la consecuencia de ese conjunto de actos que se denominan procedimiento administrativo. De otro lado el acto administrativo *-resolución-* es la manifestación de la voluntad del órgano administrativo que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. A decir del profesor Comadira el acto administrativo es *“toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”*.⁷⁰

De conformidad con la definición otorgada por la doctrina, se sigue que el acto administrativo tiene como esencia la expresión de la voluntad del Estado en su potestad de *imperium* y desde luego tal manifestación de voluntad crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

Consecuentemente, el acto administrativo definitivo pone fin al procedimiento administrativo, pues resuelve el fondo de la situación, materia del procedimiento, *“La resolución que ponga fin al procedimiento deberá decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y de oficio las que deriven del propio procedimiento”*.⁷¹

⁷⁰ COMADIRA Julio – DERECHO ADMINISTRATIVO pág. 4 Editorial Abeledo Perrot año 2004 Buenos Aires – Argentina.

⁷¹ MARQUEZ GOMEZ Daniel – II LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO pág. 73 (párrafo

Como lo había expresado en líneas anteriores la característica esencial de la terminación del procedimiento administrativo por la emisión del acto definitivo radica en que a diferencia de las demás formas de conclusión del procedimiento, el acto definitivo es la expresión de la voluntad de la Administración Pública.

Ahora bien, la resolución que dicte la Administración Pública, evidentemente debe contener cada uno de los elementos que incluso han sido elevados a la categoría constitucional como la motivación que lleva inmersa a su vez el principio de congruencia que como lo asevera el profesor Eduardo García de Enterría, la resolución “*de todo procedimiento administrativo debe ser, por supuesto congruente con las peticiones formuladas por los interesados*”⁷². De su lado el artículo 156 del -ERJAFE- determina cuales son los elementos que debe contener la resolución, así:

- La decisión de todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas derivadas del mismo; que no es otra cosa que un pronunciamiento sobre los puntos esenciales que se discuten en el procedimiento, en tal virtud la autoridad competente no puede aludir oscuridad o insuficiencia de normas jurídicas para dejar de resolver.
- Congruencia y coherencia, esto es que entre lo planteado tanto por el administrado cuanto por la Administración, la autoridad competente está compelida a emitir el acto administrativo definitivo, remitiéndose a los hechos y a lo manifestado por las partes involucradas en el procedimiento, porque sería contrario a los derechos reconocidos en la Constitución que la Administración Pública se abstenga de pronunciarse sobre los aspectos trascendentales del procedimiento administrativo; esto significa que en la resolución la autoridad no puede referirse o resolver hechos que nada tienen que ver con el procedimiento, ni reconocer lo que no ha sido objeto del procedimiento ni excederse de lo planteado por los intervinientes; frente a lo cual estimo menester auxiliarme del Derecho Procesal y sus principios como: *-extra petita-* (La autoridad no puede reconocer ni resolver sobre lo que no ha sido planteado); *-ultra petita-* (La autoridad no puede reconocer más de lo planteado; y, *-mínima petita-* (Se produce cuando la resolución no contiene los puntos

⁷² tomado de la biblioteca jurídica de la Universidad Autónoma de México) www.unam.mx
GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO – TOMO II pág. 515
Editorial CIVITAS 2001.

planteados por los intervinientes).⁷³

- Motivación, principio que ha sido elevado a la categoría constitucional, pues la letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la Carta Fundamental consagra esta garantía dentro del derecho a la defensa. Algunas autoridades estiman que motivar es una mera transcripción de las normas jurídicas, sin embargo eso es una distorsión del concepto de motivación, puesto que ese concepto va más allá tiene que superar incluso un control de logicidad, entonces la motivación no sólo permite conocer cómo se resolvió y proporciona elementos para una eventual impugnación, sino que garantiza la transparencia de la autoridad lo cual fortalece su credibilidad; de lo cual se tiene que, no toda justificación implica en rigor una verdadera motivación.

La motivación es el conjunto de razonamientos lógicos y congruentes en los cuales la autoridad apoya su decisión; es indudable que la autoridad judicial no está vinculada a nivel argumentativo a lo que sostengan las partes, no obstante es el ordenamiento jurídico, particularmente la Constitución de la República, la que le obliga al juez o a la autoridad administrativa a no recurrir a cualquier tipo de argumentación sino a lo que determina la letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

Es importante enfatizar lo dispuesto por el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo de la República de Colombia “*son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla*”; ello implica que los actos de trámite pueden poner fin al procedimiento administrativo, como en el caso de que la misma Administración dentro de un procedimiento de declaratoria de utilidad pública archiva el procedimiento administrativo por no persistir la necesidad pública, de ahí que el acto administrativo final es la disposición de archivo del expediente del procedimiento administrativo de declaratoria de utilidad pública.

Por consiguiente *ora* los actos administrativos *ora* los actos de trámite pueden poner fin al procedimiento administrativo, cuando dan por concluido el mismo.

⁷³ Tomado del Fallo dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, el 13 de febrero de 1997, publicado en la Gaceta Judicial Año XCVII. Serie XVI No. 8 pág. 2224.

Desistimiento y Renuncia

El procedimiento administrativo puede también terminar por desistimiento que es un acto del administrado, a través del cual decide apartarse de la acción por razones de carácter personal, el artículo 157 del -ERJAFE- señala que el interesado puede desistir cuando el ordenamiento jurídico no establezca la renuncia a sus derechos.

Estimo que este es un tema muy controversial, porque de modo general según el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República “*Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”, lo cual conduciría a pensar que la renuncia a los derechos está prohibida; por ello es que creo pertinente que la Corte Constitucional establezca el alcance de esta disposición, pues es indubitable que los derechos no tienen jerarquía unos no se superponen a otros, pero no es menos cierto también que existen derechos, *verbi gratia* el derecho a la vida, la libertad o la dignidad que debe tener una mayor protección del Estado frente a los derechos patrimoniales.

Vale hacer presente que el artículo 11 del Código Civil ecuatoriano, establece: “*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia*”.

En atención a lo manifestado en párrafos anteriores, en principio no sería admisible la renuncia de derechos, mas sucede que la Constitución no puede ser interpretada de modo aislado sino como de manera armónica y sistemática, de ahí que en cuanto a la renuncia de derechos se refiere, la Administración Pública tiene en sus manos una tarea trascendental cuando deba decidir sobre la aceptación de la renuncia a los derechos de los administrados, y sobre todo efectuar ejercicios de ponderación para aceptar o no la renuncia planteada por los administrados, pues no es lo mismo que un administrado renuncie al procedimiento que se inició para obtener un permiso de funcionamiento de un local; que otro administrado que renuncie a un procedimiento de rectificación de datos constantes en su cédula de identidad que reposa en el Registro Civil.

Consecuentemente para la aceptación del desistimiento que implique la renuncia de los derechos del administrado la autoridad competente deberá tener en cuenta como principal elemento que la

renuncia no lesione derechos constitucionales, cuya protección del Estado es mayor en razón de la existencia de mandatos de optimización, por ejemplo los derechos del niño, derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la libertad.

Etapa de Impugnación administrativa

La letra m) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República reconoce entre las garantías del derecho a la defensa la siguiente: *“Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*; así también el artículo 173 *iusdem*, establece: *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*.

Por su parte el artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva preceptúa: *“Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial.- La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto.- La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.- En todo caso quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa.- No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación administrativa previa la misma que será optativa”*.

Por lo tanto las resoluciones administrativas son recurribles tanto en sede administrativa cuanto en sede judicial; y, al tenor de las disposiciones constitucionales transcritas se tiene que el derecho de recurrir lleva inmerso la obligación de la Administración Pública que la Constitución y las demás normas jurídicas le imponen para su funcionamiento, validez de sus actuaciones para la defensa de los administrados y desde luego para resguardar el derecho de la seguridad jurídica; de ahí que los recursos o la etapa de impugnación a su vez es un derecho de los administrados que dimana del derecho a la defensa para contradecir los probables desaciertos de la administración, puesto que como sabemos la Administración Pública es susceptible de incurrir en yerros.

En concordancia con lo indicado, los recursos administrativos podrían ser definidos como los mecanismos de impugnación previstos en el sistema jurídico, a través del cual los administrados

pretenden la extinción o modificación de la resolución dictada por la autoridad competente.

Para el Dr. Agustín Gordillo los recursos administrativos son “{...} *los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos -ato sensu- y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.- Pero la tendencia se inclina a desenfatar este medio y hablar más en general de una “petición” “remedio” {...} Por de pronto, cabe distinguir los recursos en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial.- Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen en a) administrativos y b) judiciales {...} Los primeros se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa); los segundos son los que se tramitan ante un tribunal de justicia imparcial e independiente {...}”.⁷⁴*

El -ERJAFE- contempla los recursos de: Reposición; Apelación; y, el Recurso Extraordinario de Revisión. Los dos primeros recursos son de carácter ordinario, es decir que son los medios normales de impugnación en aras de agotar la vía administrativa. Mientras que el recurso de revisión como lo detallaré más adelante es un recurso de carácter extraordinario porque el acto puede ser revisado cuando se produjeran situaciones supervinientes.

a) El Recurso de Reposición.- desde mi perspectiva este recurso, es una mala copia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de España⁷⁵ pues restringe el ámbito del recurso, es decir que sólo se puede interponer recurso de reposición de los actos que no ponen fin a la vía administrativa, esto significa que de las resoluciones que dicten los Ministros, no es factible la interposición de un recurso de reposición, así el recurso de reposición puede ser interpuesto solamente ante las autoridades que tienen un superior jerárquico.

b) Recurso de Apelación.- Es evidente que el recurso de apelación debe ser interpuesto de las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa, porque precisamente la apelación es un mecanismo de impugnación a través del cual el administrado pide al superior jerárquico que

⁷⁴ GORDILLO Agustín – EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, tomado de la página web www.gordillo.com págs. III.1; III-2.

⁷⁵ El artículo 116 de la citada ley dispone: “1. *Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso – administrativo.- 2. No se podrá interponer recurso contencioso administrativo hasta que sea resuelto expresamente o no se haya producido desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto”.*

revoque o reforme la resolución dictada por la autoridad competente.

El artículo 176 del -ERJAFE- establece que el recurso de apelación procede de las resoluciones y actos administrativos que no pongan fin a la vía administrativa, o puede ser interpuesto contra las resoluciones que nieguen el recurso de reposición.

c) Recurso Extraordinario de Revisión.- El recurso extraordinario de revisión se encuentra contemplado en sede administrativa como en sede judicial, en este último se halla consagrado en el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República, como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia, así como en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal⁷⁶, y se lo interpone de las sentencias ejecutoriadas; de ahí que para la procedencia del recurso extraordinario de revisión en materia penal, se precisan dos requisitos: a) Que exista sentencia ejecutoriada; y, b) El recurrente se halle cumpliendo la condena. Por lo tanto, mediante el recurso extraordinario de revisión se produce una excepción al principio de cosa juzgada, no obstante en este apartado, me limitaré a referirme al recurso extraordinario de revisión en sede administrativa.

Según lo señala el Dr. Patricio Secaira Durango, el recurso extraordinario de revisión tiene como finalidad a través del control del superior jerárquico de las decisiones de los inferiores la homologación de los pronunciamientos de los órganos administrativos.⁷⁷

De acuerdo con lo anotado, hago trascendente que el recurso extraordinario de revisión se vincula con un control de legalidad que permite enmendar errores de hecho o de derecho que se produjeron en la emisión de una resolución, con el objetivo de no lesionar los derechos del administrado que ha sido afectado por la resolución que contiene yerros, y que desde luego esos errores aparecen con posterioridad a la emisión de la resolución, debido a la aparición de pruebas que se obviaron dentro del procedimiento administrativo.

⁷⁶ Código de Procedimiento Penal, artículo 360.- *“Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia en los siguientes casos: 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.- 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada.- 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.- 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó.- 5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y, 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Excepto el último caso la revisión sólo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”.*

⁷⁷ Tomado del Libro CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO pág. 237 Editorial UNIVERSITARIA año 2004.

El -ERJAFE en su artículo 178⁷⁸ establece cuáles son los casos en que es procedente la interposición del recurso extraordinario de revisión. La norma *ibídem*, considero que contiene un plazo demasiado amplio para interponer el recurso de revisión, así como también existe una circunstancia que sorprende, por cuanto no se ha establecido un plazo que obligue a la autoridad para dictar la correspondiente resolución, lo cual es un va en desmedro del administrado.

En cuanto al tema de la suspensión de los efectos del acto administrativo, hay que tener presente lo establecido en el artículo 189 del -ERJAFE- que prescribe que, en principio la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto administrativo, lo cual es razonable por la presunción de ejecutoriedad de los actos administrativos, que es interdependiente de la presunción de legitimidad, puesto que los actos se presumen correctamente expedidos y por ello son obligatorios tanto para la Administración cuanto para el administrado, en consecuencia están llamados a ser cumplidos.

En lo atinente a la ejecutoriedad el *otrora* Tribunal Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado así: *“Del mismo modo a diferencia de un reglamento, el acto administrativo además de su presunción de legitimidad, se caracteriza por su ejecutividad, esto es que el acto está dotado de la fuerza de cosa decidida, además de su ejecutoriedad, es decir no se requiere previa declaración judicial para que la decisión concreta contenida en el acto se cumpla”*.⁷⁹

⁷⁸ -ERJAFE- Art. 178.- *“Los administrados o los Ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos o sus subordinados o por entidades adscritas podrán interponer ante los Ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes: a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas; b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse al acto o resolución que se trate.- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial anterior o posterior a aquella resolución; y, d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.- El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los caso de los literales a) y b) y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en lo otros casos.- El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.- El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto”*.

⁷⁹ Resolución dictada por el Tribunal Constitucional del Ecuador No. 10, publicada en el Registro Oficial No. 195 de 22 de octubre de 2003.

En concordancia con la disposición transcrita, conviene manifestar que el -ERJAFE-⁸⁰ contempla la posibilidad de suspender los efectos de los actos administrativos, en los casos siguientes:

- Cuando a la autoridad a quien le corresponda resolver el recurso, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que pudiera causar al interés público o a terceros deberá disponer la suspensión de oficio o a solicitud del recurrente cuando la ejecución pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Si transcurridos quince días contados desde la solicitud de la suspensión, la autoridad no se hubiere pronunciado respecto a la petición.
- Cuando el recurso tenga por objeto, la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas. En este caso la suspensión beneficiará incluso a quienes no hubiesen recurrido del acto.

El artículo 169 de la norma *supra* prevé la posibilidad de suspender el acto cuando pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Consecuentemente queda a discreción de la autoridad competente disponer la suspensión de los efectos del acto administrativo, tanto más cuanto que el funcionario competente es quien debe declarar las situaciones de imposible o difícil reparación, puesto que son conceptos jurídicos indeterminados, es decir aquellos que son planteados por el constituyente o el legislador, sin que los mismos sean desarrollados o definidos.

⁸⁰ Me remito al artículo 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

2.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Como lo señaló el Dr. Genaro Eguiguren Valdivieso⁸¹, el Estado ecuatoriano se halla constituido por “*islas de poder*” esto significa que cada una de las instituciones contempladas en el artículo 225 de la Constitución de la República⁸² se encuentran regidas por su propio procedimiento.

En efecto, el procedimiento administrativo en el sistema jurídico ecuatoriano no responde a una sola normativa, consecuentemente otra de las normas jurídicas que se refieren al procedimiento además del -ERJAFE- es el Código Orgánico de Organización y Ordenamiento Territorial⁸³ -COTAD- este cuerpo normativo confiere competencia incluso a los consejos regionales (todavía no conformados) consejos provinciales, concejos metropolitanos o municipales y juntas parroquiales la potestad de regular los procedimientos administrativos, lo cual podría profundizar el galimatías al diversificar aún más los procedimientos administrativos.

El -COTAD- tiene una estructura, en la que mayor importancia se le concede no a la producción del acto administrativo sino a su impugnación, además se enuncian actos procedimentales que también se hallan previstos en el -ERJAFE- por ende una normativa común podría regular de modo general los procedimientos de la Administración Pública. Así en el -COTAD- se establece:

a) Diligencias probatorias cuando existen hechos que deben ser demostrados, entre las que puede constar informes, celebración de audiencias y demás diligencias que admita la Ciencia del Derecho.

Como lo había mencionado en párrafos que anteceden, las pruebas son los mecanismos prescritos en el sistema jurídico, que tienen como objetivo crear en la Administración Pública la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia del procedimiento administrativo.

⁸¹ Seminario “El procedimiento Administrativo” organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar que se realizó el día 7 de marzo de 2012.

⁸² Constitución de la República, artículo 225.- “*El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control.- 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. Personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos*”.

⁸³ Código Orgánico de Organización Ordenamiento Territorial artículo 391.- “*Los consejos regional o provincial, el concejo metropolitano o municipal y la junta parroquial regularán los procedimientos administrativos internos observando el marco establecido y aplicando los principios de celeridad, simplicidad y eficacia*”.

b) Obligación de resolver, señalando que la Administración Pública debe dictar la resolución en el tiempo establecido dentro de los respectivos procedimientos que será fijado en la normativa de cada nivel de gobierno; y, sí la normativa del gobierno autónomo no contiene un plazo máximo debe resolverse en un plazo de treinta días. Por consiguiente la falta de contestación de la autoridad dentro de los plazos establecidos en el –COTAD-⁸⁴ surtirá los efectos del silencio administrativo a favor del administrado habilitándole para iniciar la acción contencioso administrativa correspondiente.

El silencio administrativo opera excepcionalmente, y puede ser concebido como una ficción o una presunción legal, a través de la cual transcurrido el término previsto en la ley sin que la autoridad resuelva, se entiende concedida la petición, reclamo o recurso deducido por el administrado.

En cuanto a la institución del silencio administrativo, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, ha manifestado: *“El silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley cuando está expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y en consecuencia de no ser ejecutado de inmediato por la administración puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa, derecho este que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen, debiendo añadir que la acción a proponerse para hacer efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio administrativo será una acción de puro derecho en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba ya que esta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que el petitorio aprobado por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía competencia para resolverlo y que lo así aprobado no habría estado afectado por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la petición o reclamo.- Vale la pena manifestar aquí que si bien de acuerdo con lo expresamente señalado por la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa que*

⁸⁴ *Ibíd*em artículo 387.- “El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días.- La falta de contestación de la autoridad, dentro de los plazos señalados, en la normativa del gobierno autónomo descentralizado o en el inciso anterior, según corresponda, generará los efectos del silencio administrativo a favor del administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento”.

*recogía la doctrina francesa de la decisión ejecutoria previa, era condición indispensable para proponer un recurso en la vía contencioso administrativa que haya dictado previamente un acto administrativo en el que negaba las pretensiones del actor; tal limitación evidentemente desapareció con la expedición del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado”.*⁸⁵

Es preciso dejar sentado que el silencio administrativo es un derecho autónomo que se produce cuando la petición se ha formulado ante autoridad competente, y, sea de contenido posible, porque no toda petición que no ha sido atendida puede ser susceptible de silencio administrativo *máxime* cuando se formule ante autoridad manifiestamente incompetente o sea de imposible cumplimiento.

c) Se establece también las medidas provisionales que son instituciones que, emergen del Derecho Procesal y se caracterizan por ser: instrumentales, fungibles o limitadas en la duración de sus efectos pues se mantienen mientras exista la amenaza grave e inminente de la existencia de un peligro de daño que puede producirse, como consecuencia del retardo en la emisión de la decisión definitiva.

Conforme lo había detallado oportunamente, estimo que la institución de medidas provisionales dentro de la Administración Pública, no hace sino fortalecer al aparato estatal en desmedro del administrado, y precisamente esa es una de las contradicciones que aparece en nuestro sistema jurídico, es decir que existan medidas provisionales en sede administrativa y no en la jurisdicción contenciosa administrativa, donde es apremiante que se las instituya para que sea una vía idónea y eficaz de impugnación de los actos administrativos y así evitar que jueces de garantías jurisdiccionales suplan las funciones de los jueces de lo contencioso administrativo, a través de la tramitación de las acciones de protección que en su mayor parte impugnan actos de la Administración Pública.

d) El prenombrado Código se refiere a las formas de impugnación del acto administrativo y entre los recursos se encuentra el de reposición y revisión; excepto para el procedimiento administrativo sancionador en que el -COTAD- concede los recursos de apelación y revisión.

En lo que respecta a los actos normativos el -COTAD- dispone que los mismos sólo pueden ser impugnables mediante acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, excepto los

⁸⁵ Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la *otrora* Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicada en la Gaceta Judicial Año CV Serie XVII No. 14 página 4796.

actos normativos emitidos por las Juntas Parroquiales de los cuales según el artículo 404 del -COTAD- podría plantearse acción objetiva o de anulación constante en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.⁸⁶

Resulta claro que, contra las leyes no cabe interponer un recurso objetivo o de anulación, pues lógicamente las normas legislativas -leyes- si bien pueden contener antinomias entre ellas, solamente pueden ser incompatibles con las normas de la Constitución de la República de modo que para impugnar una ley, ha lugar deducir una acción de inconstitucionalidad -control abstracto-⁸⁷, cuya competencia para el conocimiento la ostenta la Corte Constitucional al tenor del numeral 2 del artículo 436 de la Carta Fundamental.

La norma jurídica constante en el artículo 404 del -COTAD- es una norma limitativa porque las ordenanzas que son los actos legislativos seccionales que dictan los gobiernos autónomos descentralizados solamente pueden ser impugnables a través de una acción de inconstitucionalidad, con excepción de los actos dictados por las Juntas Parroquiales de los cuales se podría interponer un recurso objetivo o de anulación.

En lo atinente a la diferencia de recursos (subjetivo o de plena jurisdicción; y, de anulación u objetivo) la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado: *“De las normas antes señaladas aparece claramente que son perfectamente diferentes las dos clases de recursos por el propósito que guía la acción si lo que se pretende es amparar un derecho subjetivo del recurrente presuntamente violado por el acto impugnado, sin duda alguna se está ante un recurso subjetivo si por el contrario el propósito que guía al recurrente es tutelar una norma jurídica superior que ha sido violada por el acto impugnado, evidentemente que se está ante un recurso objetivo.- En el caso nos encontramos frente a un recurso subjetivo o de plena jurisdicción toda vez que lo que se demanda es la protección de un derecho subjetivo presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o*

⁸⁶ Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, artículo 3.- *“El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.- El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente presuntamente negado o desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.- El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal”.*

⁸⁷ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 74.- *“El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.*

*parcialmente por parte de la administración”.*⁸⁸

Etapa de Impugnación Administrativa

Recurso de Reposición

La institución del recurso de reposición dentro del Derecho Procesal, podría ser asimilada a la solicitud de revocatoria de los autos y decretos que según el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil pueden aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse por el mismo juez que los pronunció a solicitud de alguna de las partes dentro de los tres días, sin embargo tratándose de la sentencia es totalmente disímil porque la sentencia es inalterable y de ella las partes solamente pueden solicitar ampliación o aclaración, según el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dice: *“El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días”.*

En el artículo 407 del COTAD⁸⁹ el legislador incurrió en el mismo error que en la norma estatutaria, toda vez que se puede interponer recurso de reposición en contra de los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa. Según el -COTAD- el plazo para interponer el recurso de reposición es de 5 días cuando se trata de actos expresos, y si no lo son el plazo es de treinta días; del mismo modo la autoridad tiene un plazo de sesenta días para dictar y notificar con la resolución del recurso; caso contrario se produce la institución del silencio administrativo que fue abordada en líneas anteriores.

Recurso de Apelación.-

El artículo 409 del -COTAD- establece el recurso de apelación en contra de los actos administrativos cuando no pongan fin a la vía administrativa, que debe ser interpuesta ante la

⁸⁸ Sentencia de 16 de marzo de 2001, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia y constante en el Expediente de casación No. 67, publicada en el Registro Oficial No. 374 de 23 de julio de 2001.

⁸⁹ Código Orgánico de Organización Ordenamiento Territorial -COTAD- artículo 407.- *“Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos a elección del recurrente en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante la máxima autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado.- Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos”.*

máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado. Contra el recurso de apelación no cabe otro recurso salvo el extraordinario de revisión que también contempla el –COTAD–.

Como se dejó en señalado en líneas anteriores la apelación es un recurso ordinario por el cual se pretende que la autoridad superior reforme o revoque la decisión del inferior, lo cual incluso deviene en una garantía que permite consolidar el derecho a la defensa toda vez que el superior jerárquico puede nuevamente analizar los fundamentos de la autoridad inferior y considerar que la resolución que es materia de la revisión, contenía los sustentos fácticos y jurídicos respectivos o que por el contrario se desconocieron principios o garantías procedimentales e incluso pruebas.

Sin desconocer lo descrito, conviene indicar que en la Administración Pública este principio no siempre se hace realidad, pues los superiores jerárquicos ratifican las resoluciones de sus subordinados, es por ello que los administrados prefieren recurrir directamente a la sede judicial.

En cuanto a los plazos para interponer la apelación el –COTAD– dispone que será de cinco días contados desde el día siguiente al de la notificación; y, si el acto no fuere expreso el plazo es de dos meses; mientras que la autoridad tiene el plazo de treinta días para dictar y notificar la resolución.

Del mismo modo el artículo 410 del –COTAD– señala que si transcurre el plazo de treinta días que tiene la autoridad para dictar y notificar la respectiva resolución, se entiende negado el recurso, lo cual transgrede el texto constitucional y desde luego va en desmedro del administrado, y ese precisamente es el problema de las normas infraconstitucionales que violentan las disposiciones constitucionales⁹⁰, como es el caso precedente que contraviene lo dispuesto en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República que consagra el derecho de los ciudadanos a recibir “*atención o respuestas motivadas*”; de similar manera tal disposición pugna con lo establecido en el numeral 7, letra m) del artículo 76 *iussdem* que reconoce el derecho a recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

⁹⁰ Nota: Parece que al legislador y a los órganos que tienen potestad normativas soslayan la aplicación del artículo 84 de la Constitución de la República, cuyo texto es: “*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*”. El artículo transcrito consagra las garantías normativas.

Recurso de Revisión.-

A partir del artículo 411 del -COTAD- se encuentra el recurso de revisión que es de carácter extraordinario.

De conformidad con las disposiciones del -COTAD- la revisión es un recurso (interpuesto por una de las partes del procedimiento) y también una potestad (revisión de oficio)⁹¹ que puede ser iniciado por la máxima autoridad o autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado.

En párrafos precedentes había indicado que, el recurso extraordinario de revisión se vincula con un autocontrol de legalidad que permite enmendar errores de hecho o de derecho que se produjeron en la emisión de una resolución, con el objetivo de no lesionar los derechos del administrado que ha sido afectado por la resolución que contiene yerros, y que desde luego esos errores se evidencian con posterioridad a la emisión de la resolución, pues aparecen pruebas que no fueron tomadas en cuenta dentro del procedimiento administrativo; así en la disposición mencionada se establecen las siguientes causales para la procedencia del recurso de revisión contra los actos administrativos firmes o ejecutoriados:

- *Cuando hubieren sido adoptados efectuados o expedidos con evidente error de hecho, que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas.*
- *Si con posterioridad a los actos aparecieren documentos de valor trascendental, ignorados al efectuarse o expedirse el acto administrativo de que se trate.*
- *Cuando los documentos que sirvieron de base para dictar tales actos hubieren sido declarados nulos o falsos por sentencia judicial ejecutoriada.*
- *En caso de que el acto administrativo hubiere sido realizado o expedido en base a*

⁹¹ Artículo 413 -COTAD- “Cuando el ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado llegare a tener conocimiento por cualquier medio que un acto se encuentra en uno de los supuestos señalados en el artículo anterior, previo informe de la unidad de asesoría jurídica, dispondrá la instrucción de un expediente sumario con notificación a los interesados.- El sumario concluirá en el término máximo de quince días improrrogables, dentro de los cuales se actuarán todas las pruebas que disponga la administración o las que presenten o soliciten los interesados.- Concluido el sumario el ejecutivo emitirá la resolución motivada por la que confirmará, invalidará, modificará o sustituirá el acto administrativo revisado.- Si la resolución no se expidiera dentro del término señalado se tendrá por extinguida la potestad revisora y no podrá ser ejercida nuevamente en el mismo caso, sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios que hubieren impedido la oportuna resolución del asunto.- El recurso de revisión solo podrá ejercitarse una vez con respecto al mismo caso”.

declaraciones testimoniales falsas y los testigos hayan sido condenados por falso testimonio mediante sentencia.

- *Cuando por sentencia judicial ejecutoriada se estableciere que para adoptar el acto administrativo objeto de la revisión ha mediado delito cometido por los funcionarios o empleados públicos que intervinieron en tal acto administrativo siempre que así sea declarado por sentencia ejecutoriada.*⁹²

A diferencia de la norma estatutaria que regenta la Función Ejecutiva, el -COTAD-⁹³ establece de modo expreso los casos en que no procede el recurso de revisión:

- Cuando el asunto hubiere sido resuelto en la vía judicial, lo cual es razonable porque mal podría interponerse un recurso de revisión cuando medie una decisión de carácter judicial.
- Si desde la fecha de expedición del acto administrativo correspondiente hubieren transcurrido tres años en los siguientes casos: a) Cuando hubieren sido adoptados, efectuados o expedidos con evidente error de hecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas; y, b) Si con posterioridad a los actos aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al efectuarse o expedirse el acto administrativo que se trate.
- Si transcurren treinta días desde que: a) Los documentos que sirvieron de base para dictar los correspondientes actos sean declarados nulos o falsos a través de sentencia judicial ejecutoriada; b) Los testigos hayan sido condenados por falso testimonio mediante sentencia, para el caso en que los actos administrativos hayan sido emitidos sobre la base de declaraciones testimoniales falsas; c) Los funcionarios o empleados públicos que intervinieron en el respectivo acto administrativo hayan recibido sentencia por comisión de delito en la expedición del citado acto administrativo, y la sentencia se encuentre ejecutoriada. Adicionalmente el artículo 412 del -COTAD- impone la condición de que no hayan transcurrido cinco años desde la expedición del acto administrativo que se pretenda impugnar a través de recurso extraordinario de revisión.

⁹² Referencia.- Artículo 411 -COTAD-.

⁹³ Referencia artículo 412 -COTAD-.

El -COTAD- confiere a la autoridad el plazo de noventa días para resolver el recurso de revisión, caso contrario se entiende que debe operar el silencio administrativo; para el caso de la revisión de oficio que es una potestad de la autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado es razonable que caduque la facultad de resolver si no pronuncia la resolución dentro de los noventa días. Por eso es que hay que diferenciar cuando la revisión se inicia como un recurso o como una facultad, que es la revisión de oficio contemplada en el artículo 413 del -COTAD-.

Una vez más pongo de relieve que el plazo de tres años para interponer un recurso de revisión es extenso.

En el caso de las resoluciones que dimanen de la potestad sancionadora el artículo 403 del -COTAD- concede los recursos de apelación y extraordinario de revisión que fueron tratados someramente en líneas anteriores.

2.3 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO (ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA CENTRAL)

El Código Tributario fue expedido mediante Decreto Supremo No. 1016, publicado en el Registro Oficial de 23 de diciembre de 1975; y, codificado a través del Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005; por ende el aspecto material o de fondo del Código Tributario se mantiene vigente; en lo inherente al procedimiento Administrativo el mismo se encuentra contemplado en el Libro II, título I denominado “*El procedimiento administrativo tributario*”.

El Código Tributario no proporciona un concepto de acto administrativo y al referirse al procedimiento general y de excepción señala “*Los actos administrativos se producirán por órgano competente, mediante el procedimiento que este Código establece.- Se aplicará la ley especial tributaria cuando por la naturaleza del tributo se instituya un procedimiento de excepción*”⁹⁴.

Sin embargo en el Código Tributario no se encuentran desarrollados los procedimientos

⁹⁴ Artículo 74 Código Tributario.

administrativos, sino que el aludido cuerpo legal se centra en la impugnación del acto administrativo pues los procedimientos se encuentran dispersos en normas como Ley de Régimen Tributario Interno, Código de la Producción, etc; así el artículo 68 del Código Tributario entre otras facultades (sancionadora, resolutive; y, recaudadora) confiere a la Administración la facultad determinadora definida como *“el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer en cada caso particular la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo”*⁹⁵; mientras que, la doctrina define al acto de determinación no como la simple *“{...} manifestación de voluntad del acreedor del tributo, sino el acto de un organismo con la atribución de establecer -en el caso concreto- la obligación nacida exclusivamente por la ley, la política legislativa debe inclinarse en el sentido de dotar al acto de determinación de todas las garantías y requisitos objetivos y subjetivos del acto jurisdiccional”*.⁹⁶

En la Ley de Régimen Tributario Interno se encuentra también previsto el procedimiento sancionador, no obstante me he centrado en el procedimiento de determinación por parte de la Administración Tributaria⁹⁷, que puede efectuarse de modo directo⁹⁸ o presuntivo⁹⁹ y se halla previsto en la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento, el mismo que puede ser ejercido *ora* mediante una comunicación de diferencias que concluye con la correspondiente liquidación de pago, *ora* mediante una orden de determinación que concluye con un Acta de Determinación. De tal guisa que los procedimientos de determinación se encuentran previstos tanto en la Ley de Régimen Tributario Interno como en el Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno y en este último caso se denomina auditoría tributaria.

⁹⁵ Artículo 68 *ibídem*.

⁹⁶ JARACH DINO – FINANZAS Y DERECHO TRIBUTARIO pág. 433 Tercera Edición 1996 Editorial ABELEDO PERROT BUENOS AIRES.

⁹⁷ Código Tributario artículo 90.- *“El sujeto activo establecerá la obligación tributaria en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora conforme al artículo 68 de este Código Directa o presuntivamente”*.

⁹⁸ Código Tributario, artículo 91.- *“La determinación directa se hará sobre la base de la declaración del propio sujeto pasivo, de su contabilidad o registros y más documentos que posea, así como de la información y otros datos que posea la administración tributaria en sus bases de datos, o los que arrojen sus sistemas informáticos por efecto del cruce de información con los diferentes contribuyentes o responsables de tributos, con entidades del sector público u otras, así como de otros documentos que existan en poder de terceros que tengan relación con la actividad gravada o con el hecho generador”*.

⁹⁹ *“QUINTO.- La Sala advierte que el recurrente no ha justificado que la sentencia se ha fundado en una Ley no aplicable al caso porque la presuntiva establecida en el artículo 101 de la Ley de Impuesto a la renta es procedente debido a la falta de contabilidad y no presentación de documentos de soporte que permitan establecer en forma fehaciente el monto de lo que producía el negocio del recurrente.- Que para establecer la obligación tributaria no fue posible considerar los hechos determinantes de la misma por falta de contabilidad {...}”*. Sentencia constante en la Gaceta Judicial año XCV. Serie XVI No. 2 pág. 398 de 25 de mayo de 1994 dictada por la Sala de lo Fiscal de la otrora Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

Procedimiento de Determinación de Diferencias¹⁰⁰.-

El procedimiento de determinación de diferencias se produce cuando el Servicio de Rentas Internas al confrontar la información de las declaraciones del contribuyente con otras informaciones proporcionadas por el propio contribuyente o por terceros (cruce de información) detecta la omisión de ingresos, exceso de deducciones o deducciones no permitidas por la ley, así como cualquier circunstancia que implique diferencias a favor del Estado o simplemente cuando el Servicio de Rentas Internas detecta inconsistencias en las declaraciones o anexos que presente el contribuyente que no genere diferencias a favor de la Administración Tributaria; de tal guisa que, el procedimiento de determinación de diferencias se estructura del siguiente modo:

- a) Notificación de comunicación por diferencias por parte de la Administración Tributaria para que en un plazo de hasta veinte días los contribuyentes presenten las respectivas declaraciones sustitutivas, cancelen las diferencias, disminuyan el crédito tributario o en ejercicio de su derecho a la defensa presenten las justificaciones sobre las diferencias detectadas por la Administración Tributaria; todo ello en reconocimiento del derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la República.
- b) Presentación por parte del contribuyente de sus argumentos justificativos que desvanezcan los asertos de la Administración Tributario, o la entrega de la declaración sustitutiva.
- c) Si el contribuyente no justifica o no presenta su declaración, cancela las diferencias detectadas, la Administración Tributaria emite la respectiva Liquidación de Pago por Diferencias que es el acto administrativo que pone fin al procedimiento de control de diferencias.
- d) En el caso de que el Servicio de Rentas Internas, detecte inconsistencias en las declaraciones o anexos presentadas por el contribuyente que no genere diferencias a favor del Fisco, la Administración Tributaria concede el plazo de diez días para que el sujeto pasivo corrija los errores detectados. En caso de que el contribuyente no cumpla con lo dispuesto por la Administración

¹⁰⁰ Referencia artículos 107 A, 107B, 107C, y, 107D de la Ley de Régimen Tributario Interno.

Tributaria puede ser sujeto de sanción por contravención.

Procedimiento de determinación previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

El procedimiento previsto en el artículo 262 del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno consiste en la auditoría tributaria y se estructura del modo siguiente:

a) Notificación con la Orden de Determinación que es el acto que da inicio al procedimiento de determinación (auditoría tributaria); aún cuando muchos abogados en los procesos judiciales aducen que los requerimientos de información dan inicio al procedimiento de determinación lo cual es desacertado por cuanto los requerimientos de información son actos de la Administración que ni siquiera constituyen actos de trámite y por lo tanto no dan inicio a la auditoría tributaria.

b) Requerimientos de Información que consisten en petitorios que efectúa la Administración Tributaria al sujeto pasivo determinado (dentro del procedimiento de determinación) para recopilar toda la información y documentación impresa o en medio magnético necesaria para el procedimiento de determinación tributaria; pudiendo también el funcionario competente realizar requerimientos de información dentro de las diligencias de inspección dispuestas a los sujetos pasivos.

c) Diligencia de inspección dispuesta por el funcionario responsable del proceso de determinación para con el fin de verificar los registros contables, procesos y sistemas relacionados con temas tributarios así como de soportes y archivos físicos y magnéticos en el domicilio fiscal del sujeto pasivo.

d) Concluido el proceso de verificación, análisis de declaraciones, informes la Administración Tributaria emite la respectiva acta borrador de determinación tributaria en la que se establecerán los hechos que dan lugar a la determinación de valores a favor del Estado por concepto de impuestos, intereses, multas y recargos aplicables o de valores a favor del sujeto pasivo.

e) Término de veinte días para que el sujeto pasivo acepte las glosas y valores determinados o

fundamente sus objeciones al acta borrador, para lo cual debe remitir a la Administración Tributaria los documentos de descargo.

f) Emisión del Acta de Determinación; huelga señalar que, sí el sujeto pasivo acepta las glosas el Acta de Determinación final podrá ser emitida por la autoridad tributaria sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días señalados en la letra e).

Retomando nuevamente lo establecido en el Código Tributario, vale recalcar que en el aludido cuerpo legal solamente se enuncia mas no se ha previsto ni se ha legislado respecto a los procedimientos administrativos como etapa de formación del acto administrativo, sino exclusivamente lo que respecta a la impugnación de las resoluciones como es el caso del reclamo administrativo, el recurso extraordinario de revisión, el recurso de apelación dentro del procedimiento de ejecución; y, el recurso de queja, haciendo énfasis que, en materia tributaria el recurso de reposición fue derogado, mediante el artículo 1 de la Ley No. 99-24, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999.

De modo que los procedimientos de impugnación de los actos administrativos en el Código Tributario están estructurados así:

a) Reclamo Administrativo

En el ámbito tributario el reclamo administrativo es un modo de impugnación en sede administrativa, por cuanto el artículo 115 del Código Tributario prescribe que todos contribuyentes, responsables o terceros que se consideren afectados en todo o en parte por un acto determinativo de obligación tributaria, por verificación de una declaración, estimación de oficio o liquidación pueden presentar su reclamo ante la autoridad de la que emane el acto dentro del plazo de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación respectiva.

La institución del reclamo administrativo en el -ERJAFE- difiere de lo que sucede en materia tributaria por cuanto en el -ERJAFE- (artículo 172) se determina que los reclamos administrativos pueden interponerse para impugnar actos de simple administración, actos normativos o para que cese un comportamiento, conducta o actividad; de igual manera el artículo 79 del -ERJAFE-

estatuye la posibilidad de plantear un reclamo para impugnar un hecho administrativo. Por manera que para impugnar un acto administrativo definitivo *inter partes*, no ha lugar deducir un reclamo sino los recursos que en su oportunidad fueron desarrollados y que se encuentran previstos en el -ERJAFE-.

En mi opinión el reclamo administrativo dimana del derecho de petición consagrado en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, tanto más cuanto que el derecho de petición¹⁰¹ permite a los ciudadanos concurrir ante la autoridad competente para obtener una decisión oportuna y motivada; mientras que el recurso dimana de la garantía constitucional consagrada en la letra m) del artículo 76 de la Constitución de la República, por tanto una forma de impugnación de las decisiones emanadas por la Administración Pública, para el profesor Roberto Dromi el recurso "*es una facultad o un derecho esencialmente que se ejercita como acto de impugnación al recurso – derecho sustancial.- Por lo que frente al recurso derecho aparece el deber jurídico de la Administración de revisar su propio acto revocándolo o modificándolo, cuando ha vulnerado, desconocido o incumplido un derecho subjetivo o interés legítimo por un lado y por otro para restablecer el imperio de la legalidad transgredida por una conducta ilegítima de la propia administración*".¹⁰²

Como se puede ver el reclamo administrativo en el ámbito tributario difiere de las disposiciones del -ERJAFE- puesto que en materia tributaria el reclamo indubitablemente es un mecanismo de impugnación en sede administrativa pues los contribuyentes mediante el reclamo impugnan las Actas de Determinación, Liquidaciones de Pago, incluso las resoluciones sancionatorias.

En cuanto al acceso de información de los expedientes el Código Tributario dispone que exclusivamente los reclamantes o sus abogados tienen derecho para examinar en las oficinas de la Administración Tributaria los expedientes de sus reclamos y recibir información sobre los mismos en cualquier estado de la tramitación.

¹⁰¹ "El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, la petición debe ser resuelta de fondo de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado, la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable el cual debe ser lo más corto posible {...}" Tomado de la sentencia T 1130-2008 dictada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, en la cual se realiza un interesante desarrollo del derecho de petición.

¹⁰² DROMI Roberto – EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO pág. 256 Editorial Ciudad Argentina 1999.

Aplicando el principio de simplicidad administrativa (mayor cantidad de cuestiones debatidas en menor cantidad de actuaciones procedimentales) la providencia que admita a trámite el reclamo administrativo, la autoridad competente ordenará en una misma providencia la práctica de todas las diligencias de trámite que deban realizarse simultáneamente y no requieran trámite sucesivo.

El término de prueba en el ámbito tributario es de hasta treinta días, mientras que son admisibles todos los medios de prueba, excepto la confesión de servidores públicos. La prueba testimonial se acepta cuando no se pueda acreditar de otro modo los hechos que influyan en la determinación tributaria; es importante manifestar que la autoridad tributaria que conozca y sustancie un reclamo dentro del término de hasta antes de veinte días de vencerse el plazo para resolver puede señalar día y hora para realización de una audiencia con el objeto de que el interesado alegue su defensa o esclarezca los puntos, materia de la reclamación. La audiencia considero que es una garantía que permitiría dar mejores elementos a la autoridad tributaria competente para la emisión de su resolución.

En el procedimiento tributario existe una peculiaridad, en los casos de procedimiento administrativo de determinación, esto es que cuando de la tramitación del reclamo se advierta la existencia de hechos no considerados en la determinación del tributo o cuando los hechos considerados fueran incompletos o inexactos la autoridad competente debe suspender la tramitación del reclamo y disponer la práctica de un procedimiento de determinación complementaria que se inicia a través de la respectiva orden de determinación.

Una vez realizada la determinación complementaria, continúa discurriendo el plazo para que la autoridad tributaria competente emita la correspondiente resolución que debe versar sobre el reclamo o petición inicial y claro debe contener el acto de determinación complementaria definitivo que sólo es impugnable con la resolución del reclamo deducido.

Las resoluciones, consecuencia del reclamo administrativo deben ser dictadas en el plazo de 120 días hábiles contados desde el día siguiente al de la presentación del reclamo, caso contrario se produce la institución del silencio administrativo.

Recurso de Revisión.

El Código Tributario¹⁰³ lo plantea como un recurso; empero es una potestad facultativa extraordinaria del Director General del -SRI- (Administración Tributaria Central) de iniciar de oficio o por insinuación debidamente fundamentada de una persona natural o jurídica legítimamente interesada o afectada por los efectos jurídicos de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada que adolezca de errores de hecho o de derecho, en los casos siguientes:

Cuando fueran expedidos o dictados con evidente error de hecho o de derecho, previa justificación de un informe jurídico previo.

Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución de que se trate.

Cuando los documentos que sirvieron de base fundamental para dictar tales actos o resoluciones fueren declarados nulos por sentencia judicial ejecutoriada.

Cuando en igual caso, los documentos sean públicos o privados por contener error evidente o por cualquiera de los defectos señalados en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil o por pruebas anteriores permitan presumir grave y concordantemente su falsedad.

Cuando habiéndose expedido el acto o resolución, en virtud de la prueba testimonial los testigos hubiesen sido condenados en sentencia judicial ejecutoriada, por falso testimonio, precisamente por las declaraciones que sirvieron de fundamento a dicho acto o resolución.

Cuando por sentencia judicial ejecutoriada se estableciera que para dictar el acto ha mediado delito cometido por los funcionarios o empleados que intervinieron en el acto o resolución.

El recurso de revisión fue desarrollado en párrafos precedentes y consiste en un autocontrol de legalidad que se efectúa en la misma sede administrativa.

¹⁰³ Artículo 143 Código Tributario.

Procedimiento.-

1. Inicio del recurso de revisión de oficio o por insinuación fundamentada del interesado.
2. Solicitud y emisión del informe del Departamento Jurídico.
3. Cuando se trate de cuestiones de hecho, la autoridad tributaria debe disponer de la apertura de un expediente sumario con notificación a los interesados siempre que requieran de presentación o actuación de pruebas; mientras que si el recurso se refiere a cuestiones de puro derecho no se requerirá la apertura del sumario que debe concluir en un plazo no menor a cinco días ni mayor a veinte días en los que se actuarán todas las pruebas que disponga la administración o las que presenten o soliciten los interesados. Por lo tanto en este recurso existe un término de prueba para hacer efectivo el debido proceso particularmente el derecho a la defensa.

Improcedencia del Recurso de Revisión.-

El artículo 145 del Código Tributario establece los casos en que no procede el recurso de revisión:

- a) Cuando el asunto hubiere sido resuelto por el Tribunal Distrital de lo Fiscal, lo cual es evidente por mediar sentencia de un órgano judicial competente.
- b) Cuando desde la fecha en que se dictó la resolución hubiesen transcurrido tres años desde que los actos hayan sido expedidos con evidente error de hecho o de derecho, cuando con posterioridad aparezcan documentos de valor trascendental que no fueron tomados en cuenta al dictarse la resolución; cuando los documentos que fueron los fundamentos para la emisión de los actos hayan sido declarados nulos por sentencia judicial ejecutoriada; cuando los documentos públicos o privados por contener error evidente hagan presumir gravemente su falsedad.
- c) Cuando hayan transcurrido treinta días desde que: a) Se ejecutorió la sentencia judicial por falso testimonio en la que se condene a testigos, cuyas declaraciones fueron el fundamento de la resolución; y, b) Se ejecutorió la sentencia judicial dictada por delito cometido por los servidores públicos que intervinieron en la resolución. Es preciso mencionar que el Código Tributario

condiciona a que el recurso inicie de oficio o por insinuación, siempre que no hayan transcurrido cinco años contados desde la notificación de la resolución respectiva.

d) Cuando el asunto, materia de la revisión, haya sido resuelto por la máxima autoridad de la administración tributaria correspondiente.

La máxima autoridad de la Administración Tributaria tiene el plazo de 90 días para dictar la resolución correspondiente, caso contrario es indudable que incurre en silencio administrativo.

Dentro de este capítulo y dada la multiplicidad de procedimientos administrativos que existen en el sistema jurídico ecuatoriano, he escogido a tres de ellos, como se ha podido apreciar en párrafos anteriores, debiendo ratificar mi aserto que fue planteado en su oportunidad y esto es que, más se ha hecho énfasis en el Ecuador a la fase de impugnación del procedimiento administrativo y no a su fase de preparación, como se ha podido advertir especialmente en el –COTAD- y el Código Tributario, circunstancia que imposibilita una correcta decisión o acto administrativo final porque las autoridades o funcionarios públicos no tienen un procedimiento previo en que basarse para emitir la correspondiente resolución y por ende aplican supletoriamente el –ERJAFE- lo cual se contrapone a la seguridad jurídica que es uno de los principios de los procedimientos administrativos, de suyo va y por supuesto de acuerdo a la estructura de los procedimientos administrativos que han sido analizados en este capítulo que, independientemente de la materia que regulan, en el caso que nos ocupa, Función Ejecutiva (ERJAFE), Gobiernos Autónomos Descentralizados (COTAD) y Administración Tributaria Central (Código Tributario) en todos ellos debe resguardarse la juridicidad, debido proceso, seguridad jurídica, confianza legítima, máxime cuando los principios son normas de textura abierta que deben ser desarrolladas no sólo por autoridades judiciales sino por autoridades públicas para que la aplicación de las normas se las realice a través de un análisis pertinente que permita materializar la existencia de un Estado constitucional.

En suma, mediante el análisis de la estructura de los procedimientos administrativos contenidos en el –ERJAFE-, -COTAD- y Código Tributario, demostraré que de ellos dimanarían principios comunes que son los vínculos a los cuales deben sujetarse las autoridades en miras de que las decisiones que adopten sean armónicas especialmente con la Constitución que es un documento normativo.

CAPITULO III

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1 La importancia de la Sujeción de las Autoridades a los principios que rigen el Procedimiento Administrativo.

En el capítulo anterior me permití describir los procedimientos administrativos contemplados en el -ERJAFE-, -COTAD-; y, Código Tributario ello con la finalidad de poder determinar que aún cuando los cuerpos normativos mencionados traten materias diversas, debe tenerse presente que la ciencia del Derecho es una sola y por lo tanto he podido inferir que existen principios comunes que rigen a los procedimientos administrativos, los que desde luego los profundizaré en este capítulo; en vista de que, los principios que enunciaré son las directrices que deben ser tomadas en cuenta y ser aplicadas por la Administración Pública en todos los procedimientos administrativos, independientemente a las materias, es decir trátese de la función ejecutiva, gobiernos autónomos descentralizados e incluso en materia tributaria.

En concordancia con lo mencionado, en el capítulo anterior me circunscribí a desarrollar los procedimientos administrativos tomando como objeto de estudio y análisis a tres cuerpos jurídicos como son: -ERJAFE-, -COTAD-; y, Código Tributario, los cuales si bien cada uno tiene su procedimiento (en el caso del COTAD y del Código Tributario, se pudo verificar que tales normas se remiten al procedimiento de impugnación del acto administrativo mas no a su formación) no es menos cierto que no existe diferencia en cuanto a la aplicación de principios, pues en todo procedimiento independientemente de que involucre -ERJAFE-, -COTAD-, o Código Tributario, la Administración Pública o la Administración Tributaria en su caso debe sujetarse a principios rectores que por ningún motivo pueden ser soslayados más aún dentro de un Estado constitucional de derechos, como son la juridicidad, debido proceso, derecho a la defensa, *pro actione*, confianza legítima que serán profundizados en este capítulo; porque mi intención es proporcionar una solución y a través de la academia, señalar que aún cuando el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentre disperso y existan una serie de normas que describen procedimientos administrativos, algunas de las cuales se encuentran en Acuerdos Ministeriales o Resoluciones; al menos poder determinar cuáles son las directrices que deben seguir las autoridades cuando sustancian y resuelvan

un procedimiento de carácter administrativo, poniendo de relieve que la Constitución consagra una serie de principios que lamentablemente no son aplicados en los actos decisorios de las autoridades públicas.

Dentro de este contexto, he podido establecer que, no importa el cuerpo normativo que prescriba la formación y la impugnación del acto administrativo definitivo, lo trascendente es que se tomen en cuenta los principios comunes enunciados. Desde luego que, ello también implica la necesidad de que en el Ecuador se emita una Ley Común de Procedimientos Administrativos, con el afán de poder hacer efectivo incluso el principio de confianza legítima que será abordado en las siguientes líneas como parte integrante de las directrices que deben ser tomadas en cuenta por las autoridades en la formación y emisión del correspondiente acto administrativo; e incluso estimo que dentro de los principios del procedimiento administrativo establecidos en el -ERJAFE- cabe un replanteamiento como es el caso del principio de juridicidad que tiende a hacer efectiva la eficacia directa y fuerza normativa de la Carta Fundamental.

Ahora bien, el tema de este trabajo de investigación es precisamente delimitar los principios comunes del procedimiento administrativo, para lo cual fue imprescindible tomar ciertos cuerpos normativos, con el objetivo de poder demostrar mis asertos planteados, en el sentido de que las materias jurídicas pueden diferir pero eso no significa que las autoridades soslayen situaciones comunes como son los principios durante n la formación, emisión del acto definitivo e incluso en la etapa de impugnación del acto administrativo.

De los Principios

El tema de los principios ha adoptado gran importancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, *máxime* con la expedición de la Constitución vigente¹⁰⁴ que obliga a los poderes públicos a adoptar decisiones razonadas y argumentadas para hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Fundamental y por supuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos; así los principios contienen lineamientos que estructuran las diversas instituciones jurídicas, pues los podemos encontrar dentro de los derechos mismos o incluso como líneas rectoras tal es el caso de los artículos 227 y 300 de la Constitución de la República que aluden a los principios que deben

¹⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador que fue publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

regir a la Administración Pública; y, al régimen tributario respectivamente.

De lo señalado, se tiene que se ha producido una nueva concepción del Derecho, tanto más cuanto que, el mismo ya no es considerado como un mero conjunto de reglas, sino como un conjunto de normas jurídicas que no son necesariamente órdenes o mandatos, así el pensador Ronald Dworkin expone a la luz de distintos casos jurisprudenciales que el derecho no sólo está integrado por reglas, para tal efecto expuso una serie de diferencias entre las reglas y los principios y propone superar la concepción del derecho como un sistema de reglas, pues las mismas son aplicables de modo disyuntivo *-all or nothing-*; por manera que, un principio no establece las condiciones necesarias para su aplicación, sino que enuncia una razón que discurre en una sola dirección pero no exige una decisión particular, esto significa que los principios tienen una dimensión que falta en las normas que es lo que se denomina “el peso o importancia”; consecuentemente se puede afirmar que a diferencia de las reglas los principios contienen una carga axiológica o valores deontológicos como lo manifesté en líneas anteriores; *verbi gratia* el numeral 1 del artículo 51 de la Constitución de la República, establece: “*Se reconoce a las personas privadas de libertad los siguientes derechos.- 1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria*”; es evidente que se trata de una regla, porque en definitiva la Constitución prohíbe el aislamiento como sanción disciplinaria; mientras que cuando el artículo 227 de la Constitución de la República prescribe: “*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*”, se trata de una norma que lleva imbricada principios manteniendo su carga axiológica y deontológica estableciendo los lineamientos a través de los cuales se debe estructurar la Administración Pública, dado que eficacia, eficiencia, calidad, y los demás principios establecidos en el artículo 227 *ibídem* necesariamente tienen que ser desarrollados para su efectiva aplicación y cumplimiento.

Ahora bien, para Dworkin, “*los principios se distinguen de las reglas en que su aplicabilidad a un caso no es una cuestión de “todo o nada” -o es aplicable o no lo es- sino que depende del peso relativo del principio en contraste con el de otros principios relevantes*”¹⁰⁵; frente a lo cual la distinción entre principios y reglas se traduce en los siguientes criterios: a) Antes de que se aplique una regla el juez o autoridad sabe con precisión en qué caso se aplica la regla, en tanto que en los

¹⁰⁵ NINO Carlos Santiago – INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO pág. 123 Editorial ASTREA Buenos Aires 2003.

principios no sucede lo propio; y, b) Cuando las reglas entran en conflicto una de ellas pierde su validez como acontece cuando se da mayor prioridad a una disposición por el principio de competencia o jerarquía, mientras que cuando los principios entran en colisión, ninguno de ellos pierde su validez, sino que en cuanto a la valoración del peso se da preferencia a uno de ellos.

Recogiendo otro criterio de la doctrina (Profesor Alexy) *“las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo.- Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos” su forma de aplicación característica es la subsunción.- En cambio los principios son mandatos de optimización.- En tanto tales son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas.- Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente a más de por las reglas, por los principios opuestos.- Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación.- La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios”*.¹⁰⁶

He considerado pertinente establecer los conceptos y diferencias entre reglas y principios, puesto que el tema de este capítulo son los principios que rigen al procedimiento administrativo y que a la par se constituyen en los lineamientos que deben ser respetados por las autoridades administrativas dentro de procedimiento para adoptar una decisión acertada. En definitiva el procedimiento administrativo se encuentra estructurado por principios que afianzan su unidad y su esencia.

PRINCIPIOS COMUNES QUE RIGEN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.2 Principio de Juridicidad

Dentro de los principios generales del procedimiento común de la Función Ejecutiva¹⁰⁷, la norma

¹⁰⁶ En MONROY CABRA Marco – INTRODUCCIÓN AL DERECHO pág. 169 Décimo Cuarta Edición Editorial TEMIS Bogotá Colombia 2006.

¹⁰⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 101.- *“La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.- Igualmente deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima”*.

estatutaria establece al principio de legalidad; no obstante estimo que tal principio debe ser replanteado por el principio de juridicidad, a la luz del Estado constitucional de derechos, tanto más cuanto que, la Constitución de la República, no es un documento político y programático sino un instrumento que goza de fuerza normativa y eficacia directa.

En atención a lo señalado, se puede afirmar que “{.....} *el neoconstitucionalismo como se le suele llamar, rompe con la imagen en la que prevalece la voluntad del legislador, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de justicia constitucional significa un redimensionamiento sustancial del poder legislativo, al cual para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le subtrae su carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica.- El legislador en el Estado constitucional de Derecho, ya no es omnipotente sino que se constituye en un poder limitado, “acotado” como se suele decir.- Y no sólo encuentra límites en su acción institucional sino que encuentra también vínculos pues la esfera de lo indecible, de la cual hablamos antes, contiene dos aspectos. Uno negativo, relacionado con los límites que el legislador encuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la constitución como aspiraciones colectivas); y, otro positivo relativo a los vínculos que la misma constitución, en sus principios y valores fundacionales, impone al legislador como tareas a cumplir*”¹⁰⁸. De lo transcrito se sugiere que, las autoridades no sólo están sujetas a los límites establecidos por la ley sino primigeniamente a los límites dispuestos en la Constitución de la República.

De acuerdo al artículo 1 de la Constitución de la República el Ecuador es un Estado constitucional de derechos, por lo cual, el Derecho regula “*la vida y actividad del Estado*”¹⁰⁹ teniendo como fuente primigenia a la Constitución. En este sentido, la Jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de los casos acumulados números 008-009-IN; 011-09-IN, determina: “*La Constitución del 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) Reconocimiento del carácter normativo de la Constitución.- 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; 3) reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.- La actual Constitución es norma suprema porque según el artículo 424 está por encima del resto de las*

¹⁰⁸ RENTERÍA DÍAZ Adrián – CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA ¿LÍMITES Y VÍNCULOS? Artículo tomado de la Revista CONFINES agosto – diciembre 2007 pág. 14.

¹⁰⁹ Resolución No. 0016-2006 dictada por el Tribunal Constitucional del Ecuador y publicada en la Gaceta Constitucional No. 24 Octubre – Diciembre 2007.

*normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades, asimismo, el artículo 426 de la Carta Fundamental habla de la aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales en ausencia de normas para su desarrollo.- La aplicación y eficacia directa de la Constitución, implica que todas las normas y actos de poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias.- a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico.- b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta Fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución”.*¹¹⁰

En atención armonía con lo señalado, el principio de juridicidad incluso se relaciona con la supremacía de la Constitución¹¹¹, porque la máxima expresión de lo jurídico ha dejado de ser la ley¹¹², sin que ello implique que se pretenda soslayar o desconocer las normas legales, porque eso sería contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Carta Fundamental, lo que sucede hoy por hoy es que la mayor expresión de lo jurídico es la Constitución, incluso en el artículo 84 *iusdem*¹¹³ se puede encontrar el texto referente a las

¹¹⁰ Sentencia No. 001-10-SIN-CC; dictada por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de los casos acumulados números: 008-09-IN; y, 011-09-IN, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 21 de abril de 2010.

¹¹¹ Constitución de la República, artículo 424.- *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.- Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.- La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público”.*

¹¹² *“Derecho no es igual a ley; el derecho como campo [para un desarrollo de esta vía, una referencia ineludible es la obra del sociólogo francés [Pierre Bordieu].- En la historia de las sociedades del derecho europeo continental se ha operado una asimilación del derecho a la ley.- Es un proceso de reducción del derecho a una de sus formas: la ley, lo cual en el Estado moderno ha sido promovido por esa especial y casi absoluta gravitación del derecho legislado sobre cualquier otra manifestación jurídica, aún de aquellas otras fuentes reconocidas pero subordinadas a ésta en virtud del proclamado principio de legalidad”.* - SOLÓRZANO ALFARO Norman José – NOTAS PARA LA CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD pág. 63 Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho-CRÍTICA JURÍDICA No. 19 2001 (Tomado del Material proporcionado por el Dr. Juan Francisco Palacios en la Maestría en Derecho con mención en Derecho Administrativo – UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR año lectivo 2010-2011).

¹¹³ Constitución de la República, 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*

garantías normativas, las cuales pese a estar consagradas no han sido respetadas por la Función Ejecutiva, *baste* con remitirse al Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público¹¹⁴ que desconoce el derecho de estabilidad de los servidores públicos; y a su vez desinstitucionaliza en todas sus partes la figura jurídica de la renuncia que por esencia es voluntaria.

El concepto de juridicidad no ha sido proporcionado por el constituyente, sino que es una fórmula que doctrinariamente emana del artículo 226 de la Constitución de la República que a la letra dice: “*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*”; toda vez que en el Estado constitucional, el poder está radicado en la Constitución que es el instrumento regulador de su actividad de tal guisa que el Derecho determina, dentro de la organización, estatal el titular, el procedimiento, la oportunidad, la causa y la finalidad del ejercicio del poder, dicho en otras palabras, señala quién, cómo cuando, por qué y para que va a ser ejercido el poder, es decir lo limita haciendo a todos quienes ostentan el poder público responsables de sus actos u omisiones.

De modo que el principio de juridicidad se encuentra regentado primordialmente por la Constitución, a la cual se sujetan todas las autoridades públicas y los ciudadanos; así el principio de legalidad contiene dos aspectos esenciales como son la normatividad propiamente dicha, mediante la cual la competencia nace de la Constitución y de la ley; y, la jerarquía a través de la cual la autoridad pública tiene la obligación de respetar lo establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República¹¹⁵ y aplicar las normas jurídicas en la prelación determinada en el citado artículo teniendo como fuente primordial a la Constitución.

En el tópico del procedimiento administrativo estimo que entre el principio de juridicidad y los demás principios que enunciaré este capítulo existe una interdependencia o interrelación entre unos y otros principios, *verbi gratia* el debido proceso; que no sólo debe ser aplicado *ora* en sede administrativa *ora* en sede judicial, como lo evidenciaré en los siguientes párrafos.

de las comunidades, pueblos y nacionalidades.- En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes y otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

¹¹⁴ Me remito al Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011 que reformó al Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público.

¹¹⁵ Constitución de la República, artículo 425.- “*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 {...}”.*

3.3 Principio de Debido Proceso

El debido proceso a primera vista parecería que se trata de una regla porque toda autoridad administrativa y judicial debe respetar el debido proceso, sin embargo se trata de un principio que amerita ser desarrollado por encontrarse conformado de una serie de garantías, además el debido proceso también se constituye en un eje orientador del procedimiento administrativo.

El debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, que establece: *“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 {...}”*. De lo transcrito en principio daría la impresión que el artículo 76 de la Constitución al emplear la palabra procesos se refiere exclusivamente a los procesos judiciales mas sucede que, la Constitución es un cuerpo unitario y sistemático, es decir que las normas deben ser interpretadas con sujeción al principio de unidad.

En concordancia con lo manifestado y atendiendo al artículo 11 numerales 3 y 5 de la Constitución de la República que a la letra dicen: *“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.- {.....} 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 a su efectiva vigencia”*; el debido proceso es también aplicable y por supuesto compatible con los procedimientos administrativos.

Ahora bien, el debido proceso se encuentra estructurado por una serie de derechos consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República; y, en materia penal en el artículo 77 *iusdem*. En lo inherente al debido proceso existe un interesante pronunciamiento emitido por la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (Resolución No. 91 2010 de 18 de marzo de 2010)¹¹⁶, cuyo extracto es: *"El debido proceso, desde una perspectiva doctrinaria, es definido por el tratadista Orlando Alfonso Rodríguez como "el conjunto de principios y garantías judiciales, de contenido filosófico y político, de carácter irrenunciable, aplicable a toda actuación estatal que dirime un conflicto de intereses; protege a la sociedad en general, como al procesado en particular, en aplicación de tratados y convenios internacionales {...} Tiene como cometido una recta, justa y cumplida administración de justicia.- Es una malla de contención contra la que choca la arbitrariedad y el abuso estatal... No es un fin en sí mismo, sino el compendio mínimo de garantías, que se debe observar para el desarrollo de una actuación oficial y de los sujetos procesales para desembocar en el estadio procesal y así proferir en el fallo definitivo.- El debido proceso va consustancialmente unido al derecho a la defensa, caracterizado por los siguientes lineamientos que actúan como un escudo de protección: la prohibición de que se prive a las personas de contar con el tiempo necesario y los medios adecuados para la preparación de los argumentos pertinentes para ejercerlo, la obligatoriedad de que la persona sea escuchada en momento oportuno y en igualdad de condiciones de la contraparte y asimismo la posibilidad de presentar de forma verbal o escrita sus razones o argumentos y replicar los de las otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.- Así entendido el debido proceso, su violación implica la transgresión de las garantías o normas que deben observarse dentro de determinada actuación procesal, previamente a la expedición del fallo {...}"*.

Mientras que el profesor Jaime Santofimio Gamboa, afirma: *"{....} por debido proceso debe entenderse la conjunción de garantías tales como: El ser oído antes de la decisión, participar efectivamente del proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información y documentación sobre la actuación, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, obtener asesoría legal, posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas."*¹¹⁷ Como se puede ver el debido proceso lleva imbricadas una serie de garantías que no son aisladas ni ajenas al procedimiento administrativo, pues es la autoridad de la Administración Pública la garante del cumplimiento de las normas y del efectivo ejercicio de los derechos del administrado o interesado.

¹¹⁶ Magistrado Ponente: Dr. Freddy Ordoñez Bermeo.

¹¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime - EL ACTO ADMINISTRATIVO PROCEDIMIENTO EFICACIA Y VALIDEZ Segunda Edición pág. 130. Obtenido de la biblioteca virtual de la Universidad Autónoma de México -UNAM-.

Dentro de este universo denominado debido y particularmente en el procedimiento administrativo sancionador deben ser aplicadas necesariamente las garantías como la presunción de inocencia, el principio de que en caso de conflicto de leyes de la misma materia que contemplen sanciones rigurosas por un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, de igual manera la proporcionalidad en materia de infracciones.

3.4 Derecho a la Defensa

Defensa Material

Remitiéndome a la Jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia¹¹⁸ el derecho a la defensa comprende dos situaciones tales como: a) Defensa material; y, b) Defensa Técnica, ello obliga a reflexionar; y, siguiendo a la Corte Constitucional de la República de Colombia a diferenciar lo que implica *ora* la defensa material *ora* la defensa técnica.

En base a lo señalado, el derecho a la defensa es aludido de manera constante por los administrados o por quienes son parte en los procesos judiciales; no obstante en el Ecuador no se ha proporcionado un concepto de lo que significa el derecho a la defensa, es por eso que al abordar este tópico he acudido a la Jurisprudencia constitucional comparada que define el derecho a la defensa en los siguientes términos: *“Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer sus propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que estiman favorables así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.- Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo anotado”*.¹¹⁹

¹¹⁸ Es muy interesante el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, constante en la sentencia No. C 425-2008, mediante la cual diferencia lo que implica la defensa material y la defensa técnica.

¹¹⁹ Sentencia C025-2009 Corte Constitucional de la República de Colombia.

De lo transcrito se sigue que el derecho a la defensa, también es un principio porque dentro de él se encuentran imbricadas ciertas garantías establecidas en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República¹²⁰ y que desde luego se refieren a la defensa material y a la defensa técnica, términos que a pesar de su relación difieren. Por lo tanto, conviene señalar que la defensa material no puede ser confundida con la defensa técnica; dado que la defensa material se refiere a ciertas garantías como el que no se pueda privar de la defensa al administrado o contribuyente en ninguna etapa o grado del procedimiento, esto es que el administrado tiene derecho de hacer efectivo su derecho a la defensa hasta el momento de dictarse la resolución o acto administrativo respectivo, de igual modo la Administración Pública debe conceder el tiempo suficiente para que el administrado, contribuyente o interesado pueda preparar su defensa, *verbi gratia* no puede conferirse un término de veinticuatro o cuarenta y ocho horas para que el administrado conteste o evacúe pruebas, pues es indubitable que concomitante con la defensa material el administrado ejercerá su defensa técnica y para la preparación de la defensa debe tener un tiempo prudencial; por ejemplo y es acertado que la Administración Tributaria -SRI- atendiendo lo prescrito por el artículo 107 C de la Ley de Régimen Tributario Interno, confiere al contribuyente el término de veinte días para que presente su declaración sustitutiva, justifique sus diferencias o desvanezca los argumentos vertidos por el -SRI- respecto a las diferencias.

Sin embargo lo contrario sucede en el régimen administrativo sancionador al otorgar al servidor

¹²⁰ Constitución de la República del Ecuador, artículo 76 numeral 7.- *“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 a 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 judicial 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 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 deben ser considerados para este efecto.- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza o juez o autoridad y a responder al interrogatorio respectivo.- k) Ser juzgado por una juez 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 tal 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 del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.*

público tres días (sin que se especifique si es plazo o término) para que conteste los hechos planteados en el inicio del sumario administrativo; y, es esto precisamente lo que no permite que el Estado constitucional de derechos sea efectivo porque la Constitución de la República contiene normas, principios y valores garantistas, no obstante las normas infraconstitucionales en su mayor parte son atentatorias a la Carta Fundamental como es el caso de la letra c) del artículo 92 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público¹²¹.

Otra de las garantías que dimanar del derecho a la defensa material es el ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; dentro de este principio, huelga indicar que la posibilidad de recibir en audiencias a los administrados o contribuyentes dentro de los procedimientos administrativos¹²² permite hacer efectivo el derecho a ser escuchados en el momento oportuno; por ejemplo si un administrado solicita ser recibido en audiencia la Administración Pública en acatamiento al principio de eficacia directa de la Constitución tiene la obligación de recibirlo en audiencia. En los cuerpos normativos analizados en el segundo capítulo (-ERJAFE-, -COTAD- y Código Tributario) la garantía de audiencia se hallaba contemplada en el artículo 151 del -ERJAFE- sin embargo, teniendo como fundamento principal la Constitución ha lugar que los servidores públicos y autoridades administrativas apliquen y hagan efectiva la audiencia para consolidar el derecho de los administrados o contribuyentes a ser escuchados en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; esto significa que la Constitución contempla dos momentos para que los administrados puedan ser escuchados.

a) Momento oportuno.- Se refiere a todas y cada una de las actuaciones que forman parte del procedimiento administrativo hasta antes de emitir el acto administrativo definitivo o resolución.

¹²¹ Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público Artículo 92, letra c).- “En conocimiento del informe de la UATH, 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.- {...} c) El señalamiento de 3 días para que el servidor dé contestación a los hechos planteados que sustentan el sumario”.

¹²² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 151.- “Instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la resolución se pondrá de manifiesto a los interesados o en su caso a sus representantes la convocatoria a audiencia en la que se señalará día y hora de la misma.- 2. Los interesados podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.- 3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones verbales o escritas, ni aportar documentos o justificaciones se tendrá por realizado el trámite.- 4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

b) Igualdad de condiciones.- En los procedimientos administrativos la realización de una audiencia, implica la efectivización de la igualdad de condiciones máxime cuando la Administración Pública es el árbitro o quien dirige el procedimiento. En consecuencia la negativa a que se realice la audiencia implicaría sin lugar a duda una transgresión del derecho a la defensa y particularmente de la garantía ser escuchado en igualdad de condiciones. Según el profesor Enrique Vescovi el principio de igualdad “{...} supone la bilateralidad y la contradicción esto es que el proceso se desarrolla aunque bajo la dirección del juez entre las dos partes con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra en forma de buscar, de esa manera la verdad”¹²³. No se puede desconocer que el concepto otorgado es estrictamente procesalista, pero vale poner de relieve que, el procedimiento administrativo en su materialidad¹²⁴ contiene grandes rasgos procesales, tan es así que el debido proceso y cada una de sus garantías deben ser aplicadas estrictamente por la Administración Pública.

La publicidad es otro de los aspectos del derecho a la defensa porque el administrado tiene el derecho de acceder a toda la información que reposa en el correspondiente expediente administrativo, precisamente para poder ejercer su derecho a la defensa eficazmente, esto es para que se consolide el derecho de contradicción para poder aportar, solicitar pruebas. Al respecto el profesor Jaime Santofimio Gamboa dice: “{...} la actividad de la administración pública por regla general debe ser pública, clara y transparente.- Negando la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general o que produzcan efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos pasivos.- El principio sin embargo no es absoluto”.¹²⁵

Desde luego que el principio de publicidad de modo general no es absoluto pues existen algunas actuaciones de la administración pública que son catalogadas como estratégicas o reservadas, baste con remitirse a la Ley Orgánica de Empresas Públicas -LOEP- que en el numeral 6 de su artículo 20 dispone: “Los sistemas de administración del talento humano que desarrollen las empresas públicas estarán basados en los siguientes principios: {...} 6. Confidencialidad en la información

¹²³ VESCOVI Enrique – TEORÍA GENERAL DEL PROCESO pág. 54 Segunda Edición actualizada Editorial TEMIS Bogotá 2006.

¹²⁴ El profesor Daniel Márquez Gómez realiza un análisis trascendental sobre los “Procedimientos Administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública” - Universidad Autónoma de México Primera Reimpresión 2003.

¹²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime – ACTO ADMINISTRATIVO VALIDEZ Y EFICACIA pág. 139 Segunda Edición obtenida de la Biblioteca Jurídica virtual de la Universidad Autónoma de México -UNAM-.

comercial, empresarial y en general aquella información considerada por el Directorio de la empresa pública como estratégica y sensible a los intereses de ésta, desde el punto de vista tecnológico, comercial y de mercado, la misma que goza de la protección del régimen de propiedad intelectual e industrial de acuerdo a los instrumentos internacionales y la Ley de Propiedad Intelectual, con el fin de precautelar la posición de las empresas en el mercado”.

Dentro de este mismo contexto el tercer inciso del artículo 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales prescribe: *“No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter confidencial o reservada en los términos establecidos por la ley.- Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas”*; de suyo va que la información confidencial o reservada debe ser declarada previamente por la ley; y, en el caso de la información estratégica, la misma debe ser declarada previamente por el Directorio de la empresa pública en los términos del numeral 6 del artículo 20 de la -LOEP-.

En atención a lo indicado la información reservada, confidencial o estratégica debe ser declarada previamente, a la cual no pueden acceder los ciudadanos de modo general, por ello no es efectiva la garantía de acceso a la información pública con respecto a los documentos confidenciales, estratégicos o reservados; sin embargo los administrados o interesados que son parte del procedimiento administrativo tienen derecho a acceder al expediente administrativo, para controvertir y en definitiva poder defenderse con independencia de que la información sea reservada, estratégica o confidencial, pues en este caso es necesario distinguir lo que es el acceso a la información como ciudadano; de lo que es la garantía de publicidad como parte de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial; tan es así que en materia penal la indagación previa es reservada¹²⁶ para terceros pero no para el ofendido, sospechoso o imputado y sus abogados quienes tienen el derecho de acceder de manera inmediata y efectiva a los documentos inherentes a las investigaciones.

De conformidad con lo señalado la publicidad permite que el administrado pueda ejercer su

¹²⁶ El inciso cuarto del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal dice: *“Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, de la Policía Judicial y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones.- El personal de las instituciones mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal”.*

derecho comprendido en la letra h) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, esto es presentar de manera verbal o escrita los argumentos de los que se crea asistido y a su vez replicar los argumentos de la Administración Pública, así como también presentar pruebas y contradecir las afirmaciones de la Administración Pública. Por ende el principio de contradicción tiene que ver con dos momentos el primero que se vincula incluso con la prueba aportada y el segundo parafraseando al profesor Santofimio Gamboa, con la contradicción de la decisión emitida por la Administración Pública y por lo tanto implicaría también el derecho de recurrir o impugnar el acto definitivo dictado por la Administración Pública.

Ahora bien, en lo que concierne al principio de contradicción de la prueba es imprescindible que el administrado conozca las actuaciones de la Administración Pública -principio de publicidad- y pueda discutir sobre los documentos que no son otra cosa que la prueba aportada por la Administración Pública dentro de un procedimiento, *verbi gratia* en un procedimiento de determinación en el ámbito tributario el control de diferencias, requerimientos de información solicitados al contribuyente, incluso los datos que constan en las respectivas bases de la Administración para poder establecer el tributo del contribuyente. De modo que a su vez el contribuyente dentro de este procedimiento denominado de determinación tributaria presenta sus facturas, notas de venta en definitiva los comprobantes debidamente respaldados que justifiquen la deducibilidad de sus gastos y sobre todo que los mismos han servido para obtener, mantener y mejorar sus ingresos; de modo que en ese momento es evidente que se están controvirtiendo las pruebas *ora* de la Administración Tributaria *ora* del contribuyente.

En concordancia con lo afirmado el profesor Devis Echandía define al principio de contradicción de la prueba, así: “{....} Significa que la parte contra quien se opone la prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de comprobar, es decir que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes, se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica y con el de lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla.- Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso, que estudiamos en otro lugar.- Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre los

hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implican el deber de colaboración de las partes {...}”.¹²⁷

Por consiguiente el derecho de contradicción es una noción integrante del derecho a la defensa, que incluso permite a la autoridad de la Administración Pública dictar una resolución acertada, tanto más cuanto que, el fin de la prueba es generar certeza a la autoridad para que pueda adoptar la respectiva resolución.

Estas garantías permiten efectivizar el derecho de recurrir de la resolución y que las mismas sean revisadas por los superiores jerárquicos (recurso de apelación) o incluso por las mismas autoridades que dictaron el acto administrativo definitivo o la resolución, mediante el recurso horizontal como es el de reposición, que *ora* en el -ERJAFE- *ora* en el -COTAD- se ha incurrido en un error al señalar que el mentado recurso puede ser interpuesto en contra de los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa, lo cual como ya se indicó disiente de la Ley de Procedimiento Común de España¹²⁸, porque en España el recurso de reposición se ha instituido para impugnar los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa.

En cuanto al tema de la **motivación** es menester señalar que en el Ecuador la motivación se consagró a nivel constitucional en el numeral 13 del artículo 24 del Código Político de 1998, debiendo enfatizar y reconocer que antes de 1998 se había establecido la motivación en otras normas infraconstitucionales como el Código Tributario, Ley de Modernización del Estado; y, -ERJAFE-

La motivación del acto administrativo que regularmente se encuentra en “*los considerandos*” es una descripción de cuáles son las circunstancias fácticas y jurídicas que llevaron a la autoridad a la emisión del correspondiente acto administrativo final o resolución; ahí se sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión adoptada por la autoridad competente. En este sentido la motivación es una expresión del Estado constitucional que implica que todas las autoridades están sujetas primero

¹²⁷ DEVIS ECHANDÍA Hernando – TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL pág. 115 Editorial TEMIS Bogotá – Colombia 2006.

¹²⁸ El artículo 116 de la citada ley dispone: “1. *Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso – administrativo.- 2. No se podrá interponer recurso contencioso administrativo hasta que sea resuelto expresamente o no se haya producido desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto*”.

a la Constitución que a su vez se caracteriza por su fuerza normativa, y por tanto la misma ya no es una declaración política o dogmática sino un instrumento jurídico vinculante, conforme lo expresé en párrafos anteriores al intentar referirme al principio de juridicidad.

Bajo esta égida en un Estado constitucional la noción de “{...} *voluntad estatal y poder administrador exhiben la nota común de estar sometidos al ordenamiento jurídico que arraiga en la Constitución nacional y que excede sin duda a la ley formal e incluye, por ejemplo a los reglamentos y a los principios generales del derecho.- En otro orden, procede resaltar que la actividad que desarrolla la Administración no siempre estará subordinada a la ley formal, en algunos supuestos se encontrará directamente regida por la Constitución*”.¹²⁹

En la doctrina dos posiciones se han adoptado frente a considerar a la motivación como un requisito de fondo o de forma; así para Marienhoff, la motivación “{...} *no es otra cosa que un aspecto o ingrediente del elemento forma del acto administrativo, no es pues un elemento autónomo de dicho acto.- Tiende a poner de manifiesto la “juridicidad” del acto emitido acreditando que, en el caso concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión.- Alejase así todo atisbo de arbitrariedad. En suma trátase de una expresión de la forma que hace a la substancia del acto*”.¹³⁰

En tanto que el profesor Eduardo García de Enterría asevera que la motivación es un mecanismo técnico de control de la causa del acto “*Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha terminado la decisión. Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de “incapacidad física”; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica plenamente la resolución. No cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la Ley de cuya aplicación se trata por otro*

¹²⁹ RODRÍGUEZ María José – EL ACTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO, CON LA APLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, pág. 99 Editorial ÁBACO Buenos Aires 2004.

¹³⁰ Marienhoff Miguel S.- TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO pág. 326 TOMO III Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Tercera Edición pág. 326.

*igualmente indeterminado; habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata; otra cosa no es expresar un motivo, es, más bien, formular una conclusión”.*¹³¹

Lo cierto es que en compatibilidad con el Estado constitucional de derechos, como es el Ecuador puede concebirse a la motivación, no sólo como un elemento del acto administrativo de forma; sino de fondo porque precisamente es la motivación del acto la que permite que el administrado pueda ejercer efectivamente e integralmente el debido proceso y sus garantías como la contradicción, defensa e impugnación; habida cuenta que al Estado le corresponde garantizar el derecho a un procedimiento administrativo justo, adecuado antes de privar a alguien de un bien jurídico.

Motivar es explicitar el conjunto de consideraciones racionales que mueven a la autoridad administrativa a adoptar una determinada decisión; la diferencia entre motivo y motivación radican en que el motivo es el antecedente que provoca el acto, en tanto que la motivación es el juicio que estructura la autoridad competente al apreciar el motivo y ligarlo o vincularlo a la disposición jurídica correspondiente. Huelga indicar también que motivar un acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis jurídica.

El deber de motivación deriva de la garantía de uno de los derechos de protección, esto significa que cuando está en discusión un derecho, el contribuyente, administrado o afectado tiene la certeza de contar con condiciones sustanciales para la protección o defensa de sus intereses; así también y al tenor de lo que previsto en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, los derechos son indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; la motivación se vincula con el respeto a los principios de publicidad, inmediatez y libre apreciación de la prueba para que el administrado pueda exponer los argumentos y aportar pruebas que contribuyan para su defensa, así en el contexto del Estado constitucional de derechos el deber de motivar los actos administrativos permite evitar el la arbitrariedad; pero también hace posible que en la Administración Tributaria exista un autocontrol en sus actividades y decisiones, así como también que las resoluciones sean más eficientes y acertadas.

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNANDEZ Tomás Ramón Ob. Cit. Pág. 561.

En lo atinente a la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado: *“La motivación debe entenderse como un derecho y una obligación.- Como derecho el que tiene todo litigante en un procedimiento a exigir que la autoridad judicial o administrativa emita una sentencia o resolución debidamente fundamentada.- Como obligación la que lleva sobre su facultad la autoridad encargada de dilucidar una contienda de cualquier naturaleza expresando razones para decidir en los términos que lo hace.- Con estos antecedentes, puede decirse que la motivación es una parte del debido proceso mediante la cual la autoridad pública judicial o administrativa para efectos de decidir un pleito, realiza la operación mental o argumentación jurídico racional que le permite confrontar los hechos puestos en su conocimiento – los antecedentes con las normas y principios jurídicos aplicables al caso, actividad de la cual obtendrá una conclusión o resolución final”*.¹³²

En base a los elementos aportados se puede sostener que: *“La motivación constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”*.¹³³

Es menester señalar que, la motivación no *“{...} autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión.”*¹³⁴

La motivación es el conjunto de razonamientos lógicos y congruentes en los cuales la autoridad apoya su decisión; es indudable que la autoridad competente no está vinculada a nivel argumentativo a lo que sostenga el administrado; sin embargo es el ordenamiento jurídico, particularmente la Constitución de la República que obliga a las autoridades a no recurrir a cualquier tipo de argumentación sino a lo que determina la letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República; del mismo modo el artículo 81 del Código Tributario dispone: *“Todos los actos administrativos se expedirán por escrito.- Además serán debidamente motivados*

¹³² SENTENCIA No. 0213-10-EP de 18 de noviembre de 2010- Voto Concurrente de los Doctores Alfonso Luz Yunez; y, Manuel Viteri Olvera.

¹³³ DE LA RÚA Fernando – TEORÍA GENERAL DEL PROCESO pág. 146 EDICIONES DE PALMA Buenos Aires 1991.

¹³⁴ Sentencia No. 14-1991, Foja 2, dictada por el Tribunal Constitucional Español, texto tomado de la obra cit., Curso de Derecho Constitucional pág. 388 PÉREZ ROYO Javier.

enunciándose las normas o principios que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando se resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la ley”.

FALTA DE MOTIVACIÓN

En lo atinente a la motivación la doctrina verifica dos situaciones, la falta de motivación; y, la falsa motivación. La falta de motivación se refiere cuando la autoridad mantiene silencio sobre las razones que tuvo para expedir el acto; es decir la ausencia de explicaciones o circunstancias manifiestas en las que se basó la autoridad para dictar el acto administrativo final o resolución.

FALSA MOTIVACIÓN

No toda justificación implica una verdadera motivación, para lo cual se abordará la motivación aparente, y, la motivación insuficiente:

Motivación Aparente

En lo que tiene que ver a la motivación aparente, es necesario tomar en consideración que la misma comprende algunas situaciones referentes *ora* a los hechos *ora* a los fundamentos jurídicos¹³⁵; como lo describo a continuación:

Hecho Inexistente.-

Se produce cuando el acto administrativo se lo motiva en un hecho que realmente no ocurrió; por ejemplo cuando se imputa a una persona una falta que no cometió.

Hecho Indebidamente Apreciado.-

Se genera cuando el hecho que se alega como antecedente del acto, efectivamente sucedió pero no es de la naturaleza que le atribuye la autoridad. Ej. Cuando no existe proporcionalidad en el régimen punitivo.

¹³⁵ El Doctor Pedro Lamprea en su obra ANULACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Segunda Edición 2004, aborda de modo profundo el tópico de la motivación y sus desviaciones.

Hecho Irrelevante.-

Se produce cuando la decisión administrativa se funda en un hecho real insuficiente como causa de motivación. Ejemplo en una declaratoria de utilidad pública se establezca como motivación el edificar un complejo turístico para una entidad del estado, sin duda no existe fin social.

Hecho Inconducente.-

En el hecho inconducente existe ausencia de causalidad con la decisión, y, corresponde al hecho que efectivamente ocurrió pero sin eficacia como antecedente del acto. Ejemplo cuando la autoridad tiene la certeza de que caducó el derecho del actor para deducir la demanda, pero aún así decide el asunto principal, sin declarar la caducidad que procede de oficio.

Decisión Incongruente.-

Congruencia es la adecuación entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la resolución; y, tiene lugar cuando “{...} *el contenido de la decisión administrativa que pone término al procedimiento, difiere de los antecedentes de la misma, por no tener en cuenta todas las cuestiones, planteadas al comienzo y durante el trámite.- Porque la decisión administrativa debe ser el resultado armónico de los elementos que le dieron origen formalmente los motivos se expresan en considerandos diferentes con los fundamentos legales pertinentes y la cita de las disposiciones aplicables*”.¹³⁶ En suma existe congruencia cuando el acto administrativo final o resolución es el resultado de los aspectos controvertibles involucrados y sólo de ellos; por consiguiente hay violación cuando la decisión se funda en motivos o circunstancias no planteadas; por ello conviene indicar que todas las resoluciones deben tener su hilo conductor narrativo para que exista una verdadera motivación, es decir la línea argumentativa tiene que ser la misma durante toda la resolución; esto significa que no se puede empezar con ciertos presupuestos de hecho y posteriormente aplicar disposiciones jurídicas diferentes que no se relacionen a los presupuestos fácticos, precisamente porque la autoridad competente tiene el deber de explicar la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes de hecho.

Motivación Insuficiente

¹³⁶ LAMPREA Pedro – ANULACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA pág. 325 Ediciones Doctrina Bogotá – Colombia 2004.

La motivación insuficiente se genera cuando la decisión se motiva pero resulta insuficiente frente a la resolución adoptada; regularmente esto acontece en el régimen punitivo cuando las penas carecen de proporcionalidad. Por consiguiente la motivación debe ser suficiente, es decir debe dar razón plena del proceso lógico y jurídico por el cual la autoridad ha adoptado una decisión, porque frente a la ausencia del mentado proceso lógico jurídico el apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, lo cual se contrapone al Estado garantista de Derecho en el que no hay poder personal sino que el mismo emana del pueblo.

En la motivación insuficiente, se producen las siguientes desviaciones:

a) Falta de Consideración de las Cuestiones Planteadas.-

Aún cuando existan varios argumentos o peticiones realizados por el contribuyente o administrado, la resolución adoptada se refiere a unas cuestiones soslayando o no examinando las otras. *Verbi gratia* cuando la autoridad administrativa o judicial no considera todo lo que ha pedido el reclamante o el demandante, por ejemplo si se dice que un acto es ilegítimo por cuanto no fue emitido por autoridad competente; y, el juez no resuelve sobre el tópico de la competencia o ni siquiera se refiere al mismo.

b) Motivos no planteados.-

El acto se funda en situaciones o motivos que no existen tanto en la petición cuanto en el procedimiento; la doctrina se dice que violenta el debido proceso específicamente el derecho a la defensa porque “*nadie puede desvirtuar un motivo que ignora*”.

c) Falta de consideración del motivo propuesto.-

Se produce cuando la autoridad ignora un motivo cierto y trascendente de los antecedentes, siendo imprescindible para la emisión de la resolución o decisión. Esta causal tiene estrecha relación con lo señalado en la letra a).

Como colofón se puede afirmar que la motivación tiene una doble connotación pues por un lado es una garantía para el administrado o contribuyente; y, por otro lado permite que la Administración pueda autocontrolar sus decisiones.

Lamentablemente ni la doctrina ni la jurisprudencia ecuatoriana han desarrollado totalmente el concepto de la motivación de las decisiones de las autoridades; lo cual hace que incluso los demandantes (sede judicial) o recurrentes (sede administrativa) aleguen en la mayor parte de sus impugnaciones o escritos la falta de motivación de los actos de la autoridad administrativa; sin demostrar cómo el derecho a una decisión motivada habría sido conculcado, de tal guisa que, los ciudadanos efectúan tales impugnaciones sin argumentación o fundamento, por el mero hecho de estar en desacuerdo con las resoluciones dictadas por la Administración Pública en ejercicio de su potestad de *imperium*.

Finalmente, y como lo dejé sentado en su oportunidad el deber de motivar los actos administrativos, merced al desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos, representa una carga del Derecho Público contemporáneo que impone a la Administración Pública la exposición de las razones de hecho y de derecho que han determinado su actuación a través de la consolidación de un acto administrativo final o resolución; de lo cual se sigue que el deber de motivar los actos administrativos es el límite de la discrecionalidad de la Administración.

Defensa Técnica

La defensa técnica puede ser definida como el derecho del administrado o contribuyente a ser patrocinado por un defensor escogido por si mismo; la Constitución de la República en la letra g) del numeral 7 del artículo 76 consagra el derecho de designar un Abogado defensor en los procesos judiciales; no obstante y tal como lo he afirmado en líneas precedentes la Constitución debe ser interpretada armónicamente y por lo tanto el derecho a la defensa técnica no sólo debe ser entendido para los procesos judiciales, sino dentro de un procedimiento administrativo; piénsese, en un procedimiento de auditoría interna o determinación iniciado por el -SRI-, o los mismos procedimientos de auditoría o exámenes especiales efectuados por la Contraloría General del Estado o dentro del Derecho Administrativo Sancionador, los procedimientos de sumario administrativo, toda vez que la letra d) del artículo 92 del Reglamento a la -LOSEP-¹³⁷ establece que el designar un

¹³⁷ Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público -LOSEP-, artículo 92.- “En conocimiento del informe de la UATH, la autoridad nominadora expedirá la respectiva providencia de inicio de sumario administrativo.- A partir de la recepción de la providencia de la autoridad nominadora o de su delegado en que dispone se de inicio al sumario administrativo el titular de la UATH o su delegado levantará el auto de llamamiento a sumario administrativo en el término de tres días que contendrá: {...} 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

Abogado es una obligación toda veza que, el procedimiento disciplinario no puede sustanciarse sin la presencia de un defensor o letrado.

Por manera que, sí la autoridad administrativa ha hecho efectivo el principio de defensa dentro del respectivo procedimiento, el administrado no puede alegar la transgresión de su derecho a la defensa; tanto más cuanto que dentro de la etapa de impugnación *ora* administrativa *ora* judicial el administrado debe demostrar que, se ha violentado el derecho a la defensa; de modo que quien no empleó la suficiente diligencia para defenderse, no puede imputar falla alguna a la Administración Pública, así como lo señala el Profesor Javier Pérez Royo para que se materialice la indefensión debe producirse lo siguiente: “1. *Que se acredite que la infracción de una norma procesal ha producido la privación o limitación del ejercicio del derecho de defensa, traducida en un perjuicio material para el interesado pues para que exista vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE, no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales, sino que el mismo ha de derivarse en un perjuicio material para el interesado, esto es ha de tener repercusión real sobre las posibilidades efectivas de defensa y contradicción {...}.*- 2. *Que la privación o limitación no sea imputable a quien alega.- La negligencia o la falta de diligencia del justiciable o de su abogado o procurador conduce al Tribunal Constitucional a afirmar que no hay indefensión.- Si el interesado no ha hecho uso de todos los instrumentos que el ordenamiento pone a su disposición para poner de manifiesto ante el órgano judicial la privación o limitación del ejercicio del derecho a la defensa de la que está siendo objeto, no puede alegar después que ha padecido indefensión*”.¹³⁸

En atención a lo transcrito la indefensión se materializa: a) Con la violación de normas procedimentales, *verbi gratia*, si en el procedimiento de determinación en materia tributaria, no se notifica al contribuyente con la comunicación de diferencias de su impuesto a la renta; y, b) El empleo de la suficiente diligencia por parte del administrado, por ejemplo cuando el contribuyente contesta justificando a la comunicación de diferencias emitida por la Administración Tributaria dentro del correspondiente término, pues sí no lo hace es indudable que incurre en una negligencia, y, por lo tanto no podría alegar indefensión o vulneración de su derecho a la defensa.

3.5 Principio Pro Actione

derecho a la defensa”.

¹³⁸ PEREZ ROYO Javier – CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL pág. 391 Duodécima Edición, Editorial Marcial Pons 2010.

El principio *pro actione* tiene como finalidad que las cuestiones procedimentales no sean un impedimento para que la autoridad continúe con la sustanciación del procedimiento y pueda resolver sobre el fondo del asunto; lo que se vincula con la posibilidad del ciudadano de acceder a los órganos de la Administración Pública. Por consiguiente es valedero el criterio del profesor Eduardo García de Enterría, cuando afirma: “*El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquella dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares.- Pertenece pues a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios.- Esto supuesto, no puede considerarse sorprendente sino por el contrario, ajustado a la propia naturaleza de la institución, en el que en caso de duda deba resolverse ésta en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión.*”¹³⁹

Mientras que para el catedrático Roberto Dromi, “*El procedimiento administrativo no debe ser concebido como una carrera de obstáculos, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el mérito del obrar administrativo dentro del respeto y la salvaguarda de los derechos subjetivos*”¹⁴⁰.

En el Ecuador, el principio *pro actione* se encuentra previsto en el artículo 138 del -ERJAFE-¹⁴¹, no obstante amerita señalar que en todo procedimiento administrativo debe estar presente el principio *pro actione*, y por ende la autoridad competente no puede soslayar ni dejar de pronunciarse sobre el

¹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón – CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I págs. 477 y 478 Editorial CIVITAS 2001.

¹⁴⁰ DROMI Roberto – EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO pág. 78 Editorial Ciudad Argentina Buenos Aires 1999.

¹⁴¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 138.- “*Subsanación y mejora de la solicitud.- 1. Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos requeridos, con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos aquí previstos.- 2. Siempre que no se trate de procedimientos precontractuales, el plazo de hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.- 3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquella.- De ello levantará acta suscrita que se incorporará al procedimiento*”.

fondo del asunto por simples formalidades, como es el caso de la equivocación del número de un artículo, cuando la pretensión está claramente descrita. De suyo va que la autoridad tiene la obligación de que el derecho sustancial sea el que se anteponga frente al derecho formal pero no es menos cierto que ello no puede ir en detrimento de la seguridad jurídica, por eso es que la norma estatutaria en el artículo 138 -ERJAFE- confiere tiempos para que el administrado enmiende o corrija su solicitud y se sujete a los requisitos que determina el artículo 137 del -ERJAFE-.

En concordancia con lo manifestado, una vez más se evidencia que este principio *-pro actione-* es común a los procedimientos administrativos, sin embargo no se encuentra establecido en el -COTAD- ni en el Código Tributario, consecuentemente las autoridades recurren al -ERJAFE- aplicando como norma supletoria aún cuando la norma estatutaria rige a la Función Ejecutiva.

Como se ha podido evidenciar también el principio *pro actione* va de la mano con la obligación de las autoridades de dar facilidades a los ciudadanos para que puedan obtener respuestas motivadas y oportunas por parte de los órganos de la Administración Pública, por ello es que incluso se sugiere que los documentos sean elaborados en un lenguaje sencillo que sea comprensible para el ciudadano sin exceso de tecnicismos.

3.6 Principio de Confianza Legítima

El principio de confianza legítima *-Vertrauensschutz-* es el mantenimiento y estabilidad de las actuaciones de las autoridades públicas, lo cual no implica la perpetuación o rezagamiento de una situación sino que protege a los administrados de los cambios repentinos o arbitrarios que podrían producirse aún posteriormente de dictado el acto administrativo definitivo; por manera que el principio de confianza legítima ampara a los administrados de la repentina modificación de los actos por parte de las autoridades, dado que las mismas se encuentran vinculadas por sus actos propios, lo cual va de la mano incluso con la consolidación de la seguridad jurídica consagrada en el artículo 82 de la Constitución de la República.¹⁴²

Estimo que en materia del principio de confianza legítima sin lugar a dudas la Corte Constitucional

¹⁴² Constitución de la República, artículo 82.- “*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”.

de la República de Colombia, ha desarrollado apropiadamente el concepto que amerita aludirlo para efectos académicos, así: *“La confianza legítima exige la aplicación de las garantías propias del debido proceso cuando la autoridad persigue la revocación unilateral de actos que han creado una situación jurídica consolidada, o la previsión de mecanismos de transición cuando se realice una modificación en situaciones jurídicas que, si bien no dieron lugar a un derecho o posición jurídica consolidada, sí generaron en el ciudadano la confianza en su realización.- En este sentido cabe precisar que los cambios en las relaciones jurídicas son legítimos, siempre que no sean intempestivos y se garantice el debido proceso a las partes afectadas, o se establezca un mecanismo adecuado para mitigar el traumatismo generado por la transición”*.¹⁴³

En atención a lo planteado teniendo en cuenta los tres cuerpos normativos que fueron materia de análisis en el capítulo II (-ERJAFE-, -COTAD-; y, Código Tributario) se puede apreciar que, mediante un Reglamento autónomo¹⁴⁴ -ERJAFE- el Presidente de la República confiere la potestad de revocatoria de los actos administrativos a las autoridades que son parte de la Función Ejecutiva; en cuanto al COTAD, el legislador otorga la potestad de revocar los actos a las autoridades seccionales, mientras que el Código Tributario, no dice nada respecto a la extinción de los actos administrativos tributarios. Es importante abordar este tópico, dado que si bien el -ERJAFE- y el -COTAD- aluden al principio de confianza legítima, solamente es proclamado mas no desarrollado, sin embargo sucede que, debe ser aplicado y constituir un límite frente a las potestades que *ora* el Presidente de la República (Reglamento autónomo – ERJAFE) *ora* el legislador confiere a la Administración Pública, claro está que es insoslayable el hecho de que cuando los actos administrativos son absolutamente nulos lo viable es plantear una acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo;¹⁴⁵ como son los actos dictados por una autoridad incompetente, así como los actos de contenido imposible o que configuren delito; y, los que los presupuestos de hecho no se adecúen al previsto en la norma jurídica en que la autoridad se fundamenta¹⁴⁶.

¹⁴³ Sentencia T 845-2010 Corte Constitucional de la República de Colombia.

¹⁴⁴ Los Reglamentos autónomos se dictan en ejercicio de la potestad conferida directamente de la Constitución -ERJAFE-, norma que ha generado varias controversias puesto que existe también la posición de que se trata de una delegación conferida por el constituyente.

¹⁴⁵ Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 1, publicada en el Registro Oficial No. 276 de 10 de septiembre de 2010, artículo 1.- *“Hasta que se conformen las Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, los actuales Tribunales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia para tramitar y resolver todos los asuntos previstos en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial”*.

¹⁴⁶ Me remito al artículo 94 del -ERJAFE-.

Precisamente uno de los errores en los que incurren las autoridades de la Administración Pública es revocar intempestivamente sus actos, sin que se configuren las razones de oportunidad o legitimidad, como son las descritas en los artículos 91¹⁴⁷ y 93¹⁴⁸ del -ERJAFE-; de tal manera que se vulnera el principio de confianza legítima, piénsese por ejemplo en una resolución de adjudicación dentro de un procedimiento de contratación pública, y su posterior revocatoria, sin que en la parte motiva se describa cuál fue la razón de oportunidad o legitimidad para extinguir el citado acto administrativo, ello viene porque en muchas resoluciones solamente se puede apreciar la enunciación de las palabras mas no la profundización o el desarrollo de los conceptos como son la legitimidad u oportunidad; lo cual va en desmedro de la motivación que es una de las garantías del derecho a la defensa y fue analizada en párrafos anteriores, o lo que es peor las autoridades públicas son renuentes a deducir la acción de lesividad (casi no existen causas por acción de lesividad) ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.¹⁴⁹

Como se puede evidenciar en las sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia que determinan que las autoridades debieron deducir una acción de lesividad en lugar de revocar por sí mismos los actos administrativos, así: *“Conforme establece la ley, la doctrina y la jurisprudencia, el recurso de lesividad es el ejercicio de la acción atribuida a la Administración, para alcanzar mediante la jurisdicción contencioso administrativa, la revocatoria del acto administrativo, cuando aquella no pudiese anularlo o revocarlo por sí misma.- Este principio se recoge y concreta en el derecho positivo, esto es en, la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, en su Art. 23, letra d).- Consiguientemente, el ejercicio de esta acción está reservada privativamente a la*

¹⁴⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 91.- *“La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo.- El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos.- La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella”.*

¹⁴⁸ *Ibidem*, artículo 93.- *“Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto podrá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.- Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al presente estatuto también deberán ser extinguidos cuando el acto administrativo contenga vicios no convalidables o subsanables.- El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos”.*

¹⁴⁹ *Ibidem*, artículo 97.- *“La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de sus derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente.- La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial, en los otros casos la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.- La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”.*

*Administración y no al administrado, sin que se pueda alterar la naturaleza de la intrasmisibilidad”.*¹⁵⁰

Huelga poner de relieve que según los artículos 92¹⁵¹ de la norma estatutaria; y, 369 del -COTAD- la revocatoria del acto por razones de oportunidad, conlleva la obligación de que se pague la correspondiente indemnización por los daños que se genere al administrado; por lo tanto las normas jurídicas *ora* del -ERJAFE- *ora* del -COTAD- son las consecuencias que deben ser asumidas por la autoridad correspondiente cuando haya transgredido el principio de confianza legítima que fue desarrollado en estas líneas.

3.7 Principio de Eficiencia

La eficiencia es uno de los principios consagrados en el artículo 227 de la Constitución de la República cuyo eje radica en el recurso humano -servidor público- quien con organización, planificación y utilizando la menor cantidad recursos materiales y económicos, coadyuva a hacer una realidad la simplificación administrativa que, la Carta Fundamental la ha incluido en su artículo 300 referente al Régimen Tributario; por eso es que los servidores públicos deben emplear la suficiente diligencia en la tramitación de los procedimientos administrativos; claro está que las normas jurídicas (-ERJAFE- -COTAD-; y, Código Tributario) determinan los tiempos en que deben pronunciarse las autoridades de la Administración Pública o la Administración Tributaria, no obstante la eficiencia radica en que pese a los términos concedidos, la Administración Pública debe resolver con antelación al vencimiento del tiempo conferido por la normativa jurídica.

Es importante mencionar que los ciudadanos son los beneficiarios por la eficiencia o perjudicados por las omisiones o la ineficiencia en que incurren los servidores que integran este gran aparataje denominado Administración Pública, porque como lo señala Fernando Sánchez Albavera “{...} *Eficiencia es sinónimo de rendimiento o productividad y viene, en latín de la palabra “efficiere”*

¹⁵⁰ Gaceta Judicial Año CI. Serie XVII No. 3 pág. 894 de 29 de febrero de 2000.

¹⁵¹ *Ibídem* artículo 92.- “La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la indemnización por el daño que cause al administrado.- Para el efecto se instaurará de oficio o a petición de parte un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria.- Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización.- Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelta por la respectiva autoridad.- Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos”.

*que significa “hacer creando”.- La eficiencia -que siempre se mide frente a un tipo de comportamiento, resultado o meta esperados -sólo la pueden conseguir los recursos humanos, ya que los insumos o bienes de capital contribuyen al rendimiento pero no crean {...}”.*¹⁵²

De acuerdo a lo indicado en líneas anteriores, es necesario señalar que la eficiencia dentro del procedimiento administrativo haría posible evitar la dilación del trámite, mediante la reunión de los puntos esenciales discutidos en el menor número de actuaciones, lo cual va de la mano con la simplificación administrativa; así la autoridad competente debe prescindir de los documentos o informes que no son esenciales o indispensables para la emisión del acto administrativo definitivo.

3.8 Principio de Eficacia

La eficacia no se rezaga en el cumplimiento de funciones en el menor tiempo posible sino en su correcto cumplimiento y en la obtención de los resultados deseados, sin que ello signifique un concepto gerencial, puesto que la eficacia dentro del procedimiento administrativo podría ser una expresión del Estado constitucional de derechos porque para hacer realidad la eficacia el funcionario debe también coadyuvar a cumplir con los deberes del Estado contemplados en el artículo 3 de la Constitución de la República, y, en este caso implicaría también el hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Fundamental y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; por ende la eficacia como principio general del procedimiento administrativo se traduce en la emisión de una resolución correcta, acertada y resguardando los derechos de los administrados, toda vez que la Administración Pública no es un fin sino un medio para la consolidación del interés todos los ciudadanos.¹⁵³

Al finalizar el presente capítulo, expreso que existen principios generales del procedimiento administrativo que no son otra cosa que los vínculos jurídicos a los que se deben sujetar las autoridades para emitir una resolución acertada.

¹⁵² SÁNCHEZ ALBAVERA Fernando – PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA Y GESTIÓN PÚBLICA POR OBJETIVOS – No. 32 pág. 20 Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES- Santiago de Chile marzo 2003 (Material otorgado por el Dr. Luis Benalcázar en la cátedra de GESTIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS, Programa de Maestría en Derecho con mención en Derecho Administrativo Universidad Andina Simón Bolívar año lectivo 2010-2011).

¹⁵³ Denominados por el Profesor Fernando Sánchez Albavera como “stakeholders” porque además de elegir a los gobernantes, exigen resultados.

4. CONCLUSIONES

- En el Ecuador no existe una normativa uniforme en cuanto a procedimiento administrativo se refiere, es más el único cuerpo jurídico que aborda la etapa de formación del acto administrativo - procedimiento administrativo- es el -ERJAFE- que es un instrumento que, en principio debe ser aplicado por la Función Ejecutiva lo cual es ratificado por la Procuraduría General del Estado: *“Toda vez que EP PETROECUADOR no está adscrita a ninguna entidad de la Función Ejecutiva no integra dicha función y por tanto las normas del ERJAFE no le son aplicables pues está sujeta a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y los reglamentos especiales que el Directorio de esa Empresa Pública expida en aplicación de la Disposición General de su decreto de creación”*¹⁵⁴. No obstante hay que poner de relieve que, la Ley Orgánica de Empresas Públicas –LOEP- no aborda el procedimiento de formación de los actos administrativos; por lo tanto y en aplicación a los principios generales que rigen el procedimiento administrativo, la autoridad competente no tiene otra salida que terminar aplicando el –ERJAFE- tanto más cuanto que, sin intentar invadir competencias debe prevalecer el derecho sustancial.

En consecuencia, a todas luces se evidencia una falta de normativa que regule los procedimientos administrativos de las entidades contempladas en el artículo 225 de la Carta Fundamental, con excepción de potestades soberanas como legislar, administrar justicia o los actos políticos como los Decretos de estado de excepción que deben sujetarse a su propia normativa.

- Es pertinente hacer trascendente que, independientemente de la materia jurídica que se trate las autoridades competentes tienen la obligación de hacer efectivas ciertas normas de textura abierta o principios que constituyen el límite en el actuar de la Administración Pública, y como contrapartida representan una garantía para el ciudadano; lo cual indubitablemente parte de la Constitución de la República, razón por la que he considerado replantear al principio de legalidad y denominarlo de juridicidad, en virtud de que toda actividad de los órganos de las administraciones públicas deben aplicar primigeniamente las disposiciones constitucionales, sin que se encuentren desarrolladas en normas de menor jerarquía, como es el caso del debido proceso y dentro de este conjunto de derechos el derecho a la defensa, tanto más cuanto que en ningún caso se pueden restringir los derechos ni las garantías reconocidas en la Constitución y en los

¹⁵⁴ Consulta planteada por PETROECUADOR a la Procuraduría General del Estado, constante en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

instrumentos internacionales de derechos humanos, que han cobrado vital importancia, pudiendo llegar a conformar un bloque de constitucionalidad cuando los derechos reconocidos por ellos - Tratados internacionales- sean más favorables que los que reconoce la Constitución de la República del Ecuador.

- De acuerdo a las normas jurídicas analizadas en este trabajo de investigación, me ha sido factible plantear como principios comunes de los procedimientos administrativos, a la juridicidad que se vincula con el principio de eficacia directa de la Constitución de la República esto es la sujeción de autoridades y administrados a las normas consagradas en la Carta Fundamental; el debido proceso que se precisa se haga efectivo no sólo en los procesos judiciales sino también en los procedimientos administrativos, habida cuenta que el debido proceso es un conjunto de derechos tendentes a precautar la participación de los ciudadanos en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos, de tal guisa que, no se puede limitar el derecho a la defensa del administrado que a la vez se escinde en defensa material y defensa técnica; el derecho a la motivación que no implica una exposición cansina de los fundamentos de hecho y de Derecho, sino una descripción argumentada capaz de superar un control de logicidad frente a la autoridad correspondiente que realice el control de legalidad; la confianza legítima que es interdependiente al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República y que se sustenta en dos pilares fundamentales cuales son la certeza y previsibilidad; principio *indubio pro actione* que es la preferencia de la Administración Pública al derecho sustancial y sobre todo que el impulso de los trámites es de carga de la Administración Pública; y, finalmente los principios de eficacia y eficiencia que deben ser aplicados en todas las actividades de la Administración Pública, las cuales deben realizarse oportuna y correctamente.
- Las normas jurídicas están estructuradas también por principios que constituyen el fundamento de todo ordenamiento jurídico y actúan como directrices para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución, de suyo va que los principios generales del procedimiento administrativo son el eje rector que permite a la autoridad solventar todas las situaciones que puedan presentarse en sede administrativa; de ahí que remitiéndome a la Jurisprudencia constitucional colombiana, los principios son fundamento, directriz hermenéutica; e integración del orden jurídico.¹⁵⁵

¹⁵⁵ La triple función de los principios (fundamento, directriz hermenéutica e integración del sistema jurídico) se

5. RECOMENDACIONES

- Se recomienda mayor análisis y estudio de los principios no sólo en el ámbito del procedimiento administrativo (Derecho Administrativo) sino en todas las ramas de la Ciencia del Derecho, ello con el afán de que se prefiera al Derecho sustancial para que el ciudadano obtenga una resolución sobre el fondo del asunto y principalmente que los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos se hagan efectivos desde la sede administrativa, ello incluso coadyuvaría a que los Juzgados y Salas de Corte no se saturen de tantos procesos.
- Es imprescindible la elaboración y aprobación de un cuerpo jurídico que unifique los tantos procedimientos administrativos en uno solo y asimismo se establezcan los principios generales del procedimiento administrativo de tal manera que las autoridades de la Administración Pública tengan las suficientes directrices para emitir las resoluciones de manera adecuada y con sujeción a la Constitución.
- Difusión desde la academia del tema de los principios y la importancia que estos revisten a la luz del Estado constitucional de derechos, habida cuenta que como lo he desarrollado durante todo este trabajo de investigación las normas jurídicas no sólo contienen reglas que mandan o prohíben, sino también las normas de textura abierta –principios- que ameritan un profundo estudio dentro de la Ciencia del Derecho.

encuentra desarrollada en la sentencia No. C818-05 dictada por la Corte Constitucional de la República de Colombia.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. ARNALDO ALCUBILLA Enrique – *SEGURIDAD JURÍDICA, LEGISLACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR*. (Material de Curso Reglas de Seguridad Jurídica para Iberoamérica, Fundación CEDDET Madrid 2010).
2. BETANCUR Jaramillo Carlos – *DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO* – Quinta Edición, SEÑAL EDITORA 2000.
3. BENALCAZAR GUERRON Juan Carlos – *DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ECUATORIANO* Fundación ANDRADE Y ASOCIADOS Julio 2007.
4. BENALCAZAR GUERRÓN Juan Carlos – *LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*, Editorial NOVUM, México 2011.
5. CAJICA Lozada Gustavo “*ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA*” (*COMENTARIOS A UN TEXTO DE FERRAJOLI*, Biblioteca Virtual de la Universidad Autónoma de México –UNAM-).
6. CASSAGNE Juan Carlos – *DERECHO ADMINISTRATIVO TOMOS: I y II* Sexta Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot año 2000.
7. COMADIRA Julio, *DERECHO ADMINISTRATIVO* pág. 4 Editorial Abeledo Perrot año 2004, Buenos Aires Argentina.
8. CORDOBA CASTROVERDE Diego – *SEGURIDAD JURÍDICA, ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, material obtenido del Módulo 3, Curso Reglas para la Seguridad Jurídica, Fundación Ceddets España 2010.
9. DEVIS ECHANDÍA Hernando – *TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*, Editorial Temis Bogotá 2006.
10. DE LA RÚA FERNANDO – *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*, Ediciones de Palma Buenos Aires 1991.
11. DROMI José Roberto – *EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*, Argentina –Buenos Aires 1999.
12. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; y, FERNANDEZ Tomás Ramón – *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* Tomos I y II, Editorial Civitas 2001.
13. GARRIDO FALLA Fernando; PALOMAR OLMEDA Alberto; LOSADA GONZÁLES Hermidio – *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO VOLUMEN I* Décimo Cuarta Edición, Editorial TECNOS 2003.

14. GORDILLO Agustín – *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* Tomo I, Biblioteca Jurídica Diké 1998.
15. GORDILLO AGUSTÍN *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* – www.gordillo.com
16. INFORME DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR AL CONGRESO NACIONAL año 2006 (hoy Corte Constitucional y Asamblea Nacional, respectivamente).
17. JARACH Dino – *FINANZAS Y DERECHO TRIBUTARIO*, Tercera Edición, Editorial ABELEDO PERROT, Buenos Aires 1996.
18. JARAMILLO HUILCAPI Verónica – *LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO* – Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
19. LAMPREA Pedro, *ANULACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* Segunda Edición Bogotá – Colombia 2004.
20. MARIENHOFF Miguel – *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires – Tercera Edición.
21. MARQUEZ GOMEZ Daniel – *II LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*, Tomado de la Biblioteca virtual de la Universidad Autónoma de México.
22. MAZZY ADDY - *EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES*, en Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional en homenaje a UCKMAR Víctor, Editorial Ábaco Buenos Aires 2005.
23. MORENO CRUZ Rodolfo- “*EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI*” Biblioteca Virtual de la Universidad Autónoma de México –UNAM-.
24. MONROY CABRA Marco – *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*, Editorial Temis Colombia 2006.
25. NOGUEIRA ALCALÁ Humberto – *EL DERECHO Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN –AMPARO- DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE A INICIOS DEL SIGLO XXI*, en *El Derecho de Amparo en el Mundo* –Coordinadores FIX ZAMUDIO Héctor y FERRER Mag Gregor Eduardo.
26. NINO Carlos Santiago – *INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO*, Editorial ASTREA Buenos Aires 2003
27. PEREZ ROYO Javier – *CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL* Duodécima Edición, Editorial Marcial PONS 2010.
28. REVISTA COFINES, Agosto – Diciembre 2007.
29. RODRÍGUEZ María José – *EL ACTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO, CON LA*

- APLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO*, Editorial ÁBACO Buenos Aires 2004.
30. SCHMITT Carl – *LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN*, Editorial Tecnos Madrid 1998.
 31. SANCHEZ ALBAVERA Fernando – *PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA Y GESTIÓN PÚBLICA POR OBJETIVOS No. 32* Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social IPES Santiago de Chile, marzo 2003 (Material otorgado por el Dr. Luis Benalcázar en la cátedra de Gestión de los Recursos Públicos, Programa de Maestría en Derecho con mención en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar año lectivo 2010-2011).
 32. SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso – *ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y CONTROL JURÍDICO DE EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* (Revista del Instituto Brasileño de Derecho Público Revista No. 18 año 2009).
 33. SANTOFIMIO GAM BOA Jaime – *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO “ACTO ADMINISTRATIVO PROCEDIMIENTO EFICACIA Y VALIDEZ”* – Cuarta Edición Universidad Externado de Colombia 2003.
 34. SAYAGUES LASO Enrique, *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I*, Octava Edición, Fundación de Cultura Universitaria 2002.
 35. SECAIRA DURANGO Patricio – *CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Editorial Universitaria 2004.
 36. SOLORZANO ALFARO Norman José – *NOTAS PARA LA CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*, Revista Latinoamericana, Política, Filosofía y Derecho – *CRÍTICA JURÍDICA* No. 19 – 2001.
 37. VESCOVI Enrique – *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*, Bogotá Editorial Temis 1999.

NORMATIVA JURÍDICA

1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 10 de agosto de 1998.
3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 1979.
4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 1946.
5. LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO –LOSEP-.
6. LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS.
7. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.
8. CÓDIGO ORGÁNICO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS –COTAD-.
9. LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971. (Derogada).
10. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.
11. LEY DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.
12. CÓDIGO TRIBUTARIO.
13. CODIGO CIVIL LIBRO IV.
14. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.
15. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.
16. LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO.
17. REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO –LOSEP-.
18. REGLAMENTO DE LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO.
19. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

1. Resolución No. 011-2006 dictada por el *otrora* Tribunal Constitucional del Ecuador.
2. Resolución No. 016 dictada por el ex Tribunal Constitucional del Ecuador.
3. Resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 276 de

10 de septiembre de 2010.

4. Fallo dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador, el 13 de febrero de 1997 publicado en la Gaceta Judicial año XCVII, Serie XVI No. 8.
5. Resolución No. 10 dictada por el *otrora* Tribunal Constitucional del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 195 de 22 de octubre de 2003.
6. Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (hoy Corte Nacional de Justicia), publicada en la Gaceta Judicial Año CV, Serie XVII No. 14.
7. Sentencia dictada el 16 de marzo de 2001 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, constante en el expediente de casación No. 67, publicada en el Registro Oficial No. 374 de 23 de julio de 2001.
8. Sentencia constante en la Gaceta Judicial año XCV, Serie XVI No. 2, pág. 398 de 25 de mayo de 1994, dictada por la Sala de lo Fiscal de la ex Corte Suprema de Justicia.
9. Sentencias No. 001-10-SIN CC, dictada por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 21 de abril de 2010.
10. Sentencia No. 0213-10 EP de 18 de noviembre de 2010 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador.
11. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial año CI, Serie XVII No. 3.
12. Absolución de Consultas de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Corte Constitucional de la República de Colombia

- Sentencia C 803-2003.
- Sentencia T 735-2010.
- Sentencia T 1130-2008.
- Sentencia C 425-2008.
- Sentencia C 025-2009.
- Sentencia T 845-2010.
- Sentencia C 818-2005.

ENTREVISTAS Y SEMINARIOS

Entrevista Dr. J. Luis Luna Gaibor, 9 de noviembre de 2011.

Entrevista Dr. Genaro Eguiguren V., 16 de mayo de 2012.

Seminario “*El Procedimiento Administrativo*” organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, los días 5, 6 y 7 de marzo de 2012.