UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

Laureate International Universities

FACULTAD DE DERECHO

EI RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN Y SU CORRECTA APLICACIÓN EN LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Dr. Gonzalo Muñoz

Autor

Ricardo Esteban Camacho Espinoza.

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante Ricardo Esteban Camacho Espinoza, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

…….

Dr. Gonzalo Muñoz

Doctor en Derecho

170509279-7

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

…….

Ricardo Camacho E.

180369568-1

AGRADECIMIENTO

A Dios que con su infinito amor me ha otorgado la fuerza necesaria para mantenerme de pie.

A mis padres que siempre me han apoyado.

Al Doctor Gonzalo Muñoz quién me supo guiar desde las aulas de clases y en este trabajo de titulación.

DEDICATORIA

A esas personas importantes en mi vida, que siempre estuvieron conmigo. Con todo mi cariño está tesis se las dedico a ustedes: mis padres Germán y Anita, mis hermanos Anita, Santiago y María de los Ángeles y para Ana Rafaela.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como fin fomentar la correcta aplicación del Recurso Extraordinario de Revisión en la Contraloría General del Estado ya que hemos encontrado vulneraciones a los derechos de los recurrentes cuando al ser interpuesto carece de contestación por parte de la Administración Pública. Para lo cual hemos basado nuestro estudio en los principios generales del derecho para luego determinar la responsabilidad del Estado frente a los derechos de todos los ciudadanos, demostrando de esta manera que la falta de contestación hacia quienes presentan el Recurso de Revisión ocasiona perjuicios llegando a producirse el llamado Silencio Administrativo Negativo. Demostraremos de esta manera que la modificación a la norma orgánica es necesaria para la aplicación efectiva de los derechos constitucionales de las personas, conociendo que es obligación del administrador hacerlos efectivos en los actos administrativos sujetos a su conocimiento y resolución.

ABSTRACT

The present work of degree is intended to promote the correct implementation of the remedy of revision in the Contraloría General del Estado because we have found violations of the rights of the appellants to be filed when there is no answer on the part of the Public Administration. For that we have based our study on the general principles of the right to determine the responsibility of the State toward the rights of all citizens, demonstrating in this way that the lack of reply to those who presented the Appeal for Review causes damage to occur the so-called negative administrative silence. We will demonstrate in this way that the modification of the organic rule is necessary for the effective implementation of the constitutional rights of the people, knowing that it is the duty of the administrator make them effective in the administrative acts subject to its knowledge and resolution.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

CAPITULO I 2

1. Antecedentes 2

1.1. El Estado y el Derecho Administrativo. 4

1.2 Fines Del Estado 4

1.3 El Derecho Administrativo 7

CAPITULO II 26

2. Marco Teórico 26

2.1 El Acto y sus Efectos en el Derecho Administrativo 26

2.2. Clasificación del Acto Administrativo 28

2.3. El Órgano Competente 29

2.4. Causa de Acto Administrativo 29

2. 5. Procedimientos Administrativos de Impugnación 31

2.5.1. Recursos 31

2.5.2. Recurso de Reposición 33

2.5.3. Recurso de Apelación 33

2.5.4. Recurso Extraordinario de Revisión 34

2.5.5. Procedimiento de Nulidad 34

CAPITULO III 35

3. ANÁLISIS 35

3. 1. La Responsabilidad Gubernamental, alcance y sus efectos. 35

3.1.1. Principios doctrinarios de la Responsabilidad 35

3.1.2. Concepto De Responsabilidad 37

3.1.3. Clase De Responsabilidad 39

3.1.4. La Responsabilidad es Solidaria 39

3.1.5. Responsabilidad Administrativa 44

3.1.6. La Responsabilidad Civil vía Glosa 48

3.1.7. La Responsabilidad Civil, Vía Orden de Reintegro…….50
3.1.8. Indicios de Responsabilidad Penal…….53
3.2. El Recurso Extraordinario de Revisión……..55
3.2.1 Concepto y alcance…….58
3.2.2. Requisitos y efectos de su aplicación…….62
3.3 El Silencio Administrativo Negativo. 65
CAPITULO IV 69
4. Conclusiones y Recomendaciones.....69
4.1. Conclusiones.....69
4.2. Recomendaciones.....71
REFERENCIAS.....73
ANEXOS.....77

INTRODUCCIÓN

La constante evolución que tiene el Derecho nos lleva a plantearnos la necesidad de mirar hacia el futuro en un ámbito en el cual, lamentablemente, nos hemos visto rezagados. Este ámbito es el campo del derecho administrativo público. En comparación con legislaciones de países vecinos, el Ecuador se encuentra varios años por detrás; y, ante las grandes potencias jurídicas del mundo, se ha llegado a considerar que ya es más de medio siglo de retraso.

El presente trabajo tiene como fin el análisis del Recurso Extraordinario de Revisión Aplicado al Trámite de Desvanecimiento de la Responsabilidad Civil Culposa por la Contraloría General del Estado; ya que este no observaría la garantía al debido proceso del que goza toda persona constitucionalmente en el Ecuador, a contrario sensu de lo que se creería.

Plantearemos la reforma a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en lo pertinente a que establece que de no ser resuelto el Recurso Extraordinario de Revisión (no contestarlo), se entenderá que este ha sido negado por el organismo competente, produciéndose así el Silencio Administrativo Negativo lo cual violenta contra los principios de Celeridad Procesal y por ende del Debido Proceso.

Nuestro estudio nos ha llevado a contemplar la necesidad de crear una Ley que abarque y contemple los distintos tipos de Recursos Administrativos pero que abarquen a todas las funciones públicas del Estado, no solo a la Función Ejecutiva, como es el caso del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), esta ley tendría la característica de ser especializada en conocer y resolver aquellos Recursos Administrativos que son interpuestos ante la Administración Pública, que servirá como ente regulador, y que proteja los derechos de los recurrentes, además de permitir una eficaz y rápida aplicación de la ley.

CAPITULO I

1. Antecedentes.

1.1. El Estado y el Derecho Administrativo.

Consideramos necesario, para efectos de desarrollar el presente trabajo de investigación técnica y científica, desarrollar premisas que individualicen a las instituciones sociales y políticas de participación hegemónica en la aplicación de la Ley, en las diferentes y variadas expresiones y manifestaciones de la actividad humana; para el caso, nos permitimos ensayar conceptos respecto a la institución del Estado, como la organización estructural y orgánica de una sociedad; del Derecho, como concepción general del bloque normativo social que regula el convivir del elemento humano, y, del concepto y alcance del Derecho Administrativo, en lo particular.

Entendemos que, el Estado, es la forma más complejamente concebida, que contiene elementos diversos e impredecibles de etiquetar en estructuras definidas e inamovibles, que contiene población compuesta por la más patente diversidad de seres humanos matizados por la multiplicidad de intereses, de territorio como la circunscripción geográfica en la que ejecutan sus designios de vida, bajo un ordenamiento normativo que posibilita su convivir y su desarrollo, y que permite, finalmente, llegar a la consecución de los fines y objetivos generales y particulares que los orillo a su génesis.

Al respecto, varios han sido y otros tantos son los estudiosos de las manifestaciones sociales que han emitido conceptos ampliamente desarrollados sobre tan compleja estructuración social, y que las libraremos en el presente análisis, en la pretensión, posiblemente quijotesca pero humanamente esperanzadora, de acercarla a la concepción personal que hemos insinuado.

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen al patrimonio inalienable, irreductible e imprescindible”. (Lexis, 2014).

De la transposición doctrinaria y declarativa de lo que constituye Estado en el Ecuador, podemos señalar que en la organización social, el Estado constituye un ente irreemplazable, desde su aparición, todas las actividades de los conglomerados humanos evolucionados se articulan alrededor de dicha estructura. Pero también hemos de reparar en el hecho cierto que las concepciones acerca del Estado son variadas y controvertidas, toman como elementos de análisis diferentes caracteres que obedecen a condicionamientos históricos, sociológicos, económicos, filosóficos, políticos, administrativos, etc.

"El Estado es una sociedad jurídicamente o legalmente organizada, es decir, ordenada y organizada, en el derecho. Responde al principio universal de la solidaridad y de la asociación. Tiene por objeto satisfacer el fin humano del hombre y requiere para ello el concurso de la fuerza y la distribución de las competencias, según la aptitud de cada uno, y elimina la lucha entre los individuos, propendiendo así al bien común, contra la fuerza externa y mantiene el orden interno". (Canasi, 1972, p. 1).

Del concepto citado se desprenden ciertos puntos de convergencia con los criterios que, sobre el Estado, sostienen Duguit y Kelsen; quienes manifiestan que, el Estado surge como una proyección del derecho, pues éste le da su naturaleza y su propio contenido (Duguit); y, no se puede concebir ninguna forma de Estado sin un sistema de normas jurídicas (Kelsen), aunque este tratadista se niega a aceptar que el Estado crea al derecho, considerándolo

como una simple modalidad del derecho. Otros sostienen justamente lo contrario, el Estado es creador permanente de derecho.

El Estado constituye un fenómeno estructural en la evolución de la humanidad, a la vez que, fenómeno coyuntural si consideramos la evolución histórica particular de cada sociedad.

Según las concepciones clásicas, el Estado tiene jerarquía, autonomía y personalidad, características abstractas que lo convierten en el principal regulador de las actividades del grupo humano que lo engendró y que a su vez lo ubica sobre el mismo, adquiriendo, en consecuencia, las connotaciones de superestructura social, política, administrativa e inclusive técnica.

Consideramos imprescindible dejar sentado que, desde la Segunda Guerra Mundial, se consolida el antagonismo existente entre los dos sistemas principales político-económicos de nuestros días: El capitalismo como esencia de la aplicación de la doctrina del libre mercado, y el socialismo, por medio de su multiplicidad de presentaciones programáticas; ya como socialismo puro como los de algunos países de Europa, o como corriente de tinte más bien populista como los autodenominados del Siglo XXI.

1.2. Fines del Estado.

Los fines del Estado no pueden diferenciarse de los fines de la administración pública que persigue en su constante quehacer y que se concretan en el interés general, en el interés colectivo en la utilidad o necesidad pública para satisfacerlas.

"Los fines del Estado indudablemente abarcan un campo muy amplio, y nada puede sustraerse en cuanto signifique un fin social, ya que puede ejercer su influencia directa o indirectamente, en todos los aspectos de la vida humana. De allí su relatividad histórica desde las sociedades primitivas hasta las modernas organizaciones, que evolucionan de la mera defensa militar y

administración de justicia, para entrar en ordenamientos más perfeccionados en que el Estado, asume directamente la atención de la religión y de la educación, de lo edilicio, de las artes y consecutivamente la regulación del comercio, las industrias y la vida económica en su conjunto". (Canasi, 1972, p. 6).

"Los fines del Estado son los fines de la sociedad, y los de ésta son los fines comunes de las personas que lo forman. Los intereses individuales y colectivos pueden existir, claro está, y son defendidos espontáneamente, pero su existencia y efectividad sólo están garantizados por la norma jurídica obligatoria y, por tanto, coactiva en caso necesario". (Bielsa, 1938, p. 218).

Estado y sociedad se unen en el sentido de su finalidad para ser uno solo, no hay Estado sin sociedad, y las reglas que rigen a este deben ser respetadas y cumplidas por todos los miembros que forman parte integral de ella.

Efectivamente, los fines del Estado van evolucionando de acuerdo a las necesidades de la sociedad; toda vez que, comulgando con Rafael Bielsa, los fines del Estado son los fines de la sociedad.

El Estado tiene para sí la obligación de establecer condiciones sociales favorables para el bien común, como lo disponía la Constitución Ecuatoriana de 1967, disposición un tanto más amplia y apropiada que las constantes en las Constituciones posteriores, con excepción de la Constitución de actual vigencia, en la que no se determina los fines del Estado, pero que los recoge como Deberes del mismo.

La tarea del Estado Ecuatoriano, en los últimos tiempos, ha tenido un cambio radical, pues antes estaba llamado exclusivamente a ser Estado-gendarme, pasando súbitamente a constituir Estado-servidor, o sea aquel que crea escuelas, abre universidades, organiza empresas, construye viviendas, puestos de salud, etc., pero también pretende dictar y controlar líneas de conducta o normas conductuales de valores éticos y morales, esencialmente de génesis y formación unipartidista implantados en la sociedad, que a no dudarlo, contravienen rasgos históricamente propios del pueblo simple, del llamado

pueblo llano; las peleas de gallos, las lidias de toros, la ingesta de cerveza en los domingos, son pocos de los ejemplos que nos permite evidenciar de manera pragmática, el alcance del Estado del liberalismo del Siglo XXI. Naturalmente que para estar en capacidad de cumplir tan poderosa tarea, era necesario dotarle de instrumentos jurídicos suficientes, naciendo así el intervencionismo estatal en toda suerte de manifestación colectiva, en lo económico, en lo social, en lo deportivo, en lo cultural, en lo educativo, en las relaciones internas y externas, dependiendo lógicamente del tipo de situación política adoptado, el que su grado sea mayor o menor.

Como hemos podido apreciar, la ejecución de los actos del Estado orientados a la consecución de sus fines o al cumplimiento de sus deberes a favor de la colectividad como fin del buen vivir, ha de sustentarse, de manera lógica, en el conjunto de normas que los regulen y los desarrollen y que permitan también su evaluación mediante el ejercicio del control, conocido como el Bloque Normativo Organizacional, que es la esencia misma del derecho.

El derecho, conforme lo expresa Salvat, "…es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, y se emplea comúnmente en este sentido para referirse, ya sea al Derecho de un pueblo, ya a una rama especial del Derecho.". "… En el sentido subjetivo, la palabra Derecho, significa una facultad o un poder del individuo, que le permite realizar determinados actos." (Salvat, 1964, p. 17). En consecuencia podemos señalar, que el derecho desarrolla las normas de convivencia natural para la vida en armonía entre las personas, concediéndolas atribuciones, competencias, derechos, pero también, señalando prohibiciones, limitaciones y privacidades a su aplicación en el diario o cuotidiano vivir.

1.3. El Derecho Administrativo.

El derecho administrativo es una parte del derecho público, que se encarga de desarrollar normas que regulen la estructura y funcionamiento de la

administración y el ejercicio de todos los órganos públicos. El derecho administrativo conforme lo señalan los tratadistas españoles García de Enterría, Eduardo Fernández y Tomás Ramón es: “el derecho administrativo es el derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas”, las que actúan para el cumplimiento de sus fines y gozan de personería jurídica única, que nos permite sostener que el derecho administrativo, desarrolla un conjunto de normas que regulan los actos institucionales.

Conforme la aplicación sectorial de la normativa en la sociedad, el derecho administrativo, es de orden público, como privado. En consecuencia, el derecho administrativo público, contiene al conjunto de normas que regulan los actos ejecutados por la Administración Pública que persigue llevar a la realidad la consecución del buen vivir a favor de las personas, mediante el cumplimiento de sus fines y de sus deberes que le son consustanciales con los del Estado; mientras que el derecho administrativo privado, lo hace para aquellas actividades exclusivamente desarrolladas entre las personas.

Habíamos indicado que la Administración Pública que es, la natural ejecutora del derecho administrativo público, está integrada por un conjunto de órganos que se encuentran dentro del Poder o de la Función Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, de Transparencia y Control Social, y, Función Electoral, conforme a la actual estructura organizacional del Estado en el Ecuador, diferenciadas plenamente entre sí, que ejercen sus específicas competencias y atribuciones de manera independientes entre unas y otras, debiendo coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce u ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, conforme lo señalar el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

Charles de Sécondat, Barón de la Bréde e de Montesquieu (1689-1755) combatió desde su juventud, en sus "Cartas Pérsicas" las bases del orden institucional francés, especialmente a las condiciones sociales, gubernamentales y eclesiásticas, quien es considerado como fundador de la

teoría clásica sobre los Poderes del Estado. La idea de la división de los poderes, la trajo de Inglaterra.

Ya Jhon Locke exigió para la consolidación de los derechos fundamentales cierta limitación del poder estatal y además que el Poder Legislativo fuera separado del Poder Ejecutivo. Podemos entonces considerar a Locke como introductor de la doctrina sobre la división de los poderes, desarrollada ulteriormente por Montesquieu, quien además propuso al Poder Judicial como tercer poder.

La teoría tripartita de los poderes fue desarrollada y realizada en Francia y luego adaptada sistemáticamente por el resto de Europa, difundiéndose hasta convertirse en patrimonio de la cultura política en casi todo el Mundo; conforme hemos señalado, en el Ecuador y a partir de la Constitución del año 2008, a las indicadas Funciones del Estado, se les añadió las relacionadas con los procesos de Transparencia y Control Social, y, Función Electoral.

“Las funciones jurídicas del Estado para la satisfacción de sus fines, comprenden tres órdenes de actividades que surgen de las atribuciones que se derivan del principio de la separación de los poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que en el sentir de Montesquieu no se habrían inspirado en un propósito de construir una teoría jurídica, sino de referirse al sistema constitucional inglés, que mediante un régimen político combinado de órganos y funciones de muy lejana trayectoria histórico-política, había logrado obtener medios eficaces para garantizar y asegurar la defensa de la libertad, al que le rendía de este modo un reconocido homenaje". (Canasi, 1972, p. 9).

Con la clásica separación de poderes se trata de expresar la necesidad de distribuir y controlar el ejercicio del poder político; pero esta separación no es real ni práctica porque el Estado, en quien efectivamente radica el poder, es uno solo; de ahí, el hecho que en realidad existe es la distribución de determinadas funciones estatales para el cumplimiento de sus finés.

"No era precisamente un principio de división o separación de poderes en su finalidad, sino más bien de funciones: legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales,

que no obstante el esfuerzo técnico buscado, no habría logrado el de una división absoluta de su contenido material, desde el momento que la forma lograda lo era en su propósito fundamental de destruir el poder absoluto concentrado en una sola mano". (Canasi, 1972, p. 10).

Las funciones del Estado están relacionadas con los fines colectivos, con el ejercicio del poder político y constituyen actividades específicas condicionadas por aquellos factores; de allí que:

"Las funciones del Estado son las de la sociedad (seguridad, justicia, bienestar en el orden económico y cultural); pero no es la sociedad, sino el Estado quién realiza esas funciones. En consecuencia, el Estado no tiene funciones distintas de aquellas que interesan a la sociedad, sino que son las de la sociedad misma". (Bielsa, 1964, p. 209).

El criterio político sobre el significado de funciones del Estado es aquel que las identifica con grupos de actividades especializadas, interdisciplinarias e interrelacionadas; en el ámbito administrativo, las funciones del Estado tienen dos puntos de partida, la ciencia de la administración y el derecho administrativo. La identificación de las funciones del Estado como actividades es irreversible, tiene sentido práctico.

“La administración es una actividad concreta y práctica, que consiste en actos jurídicos y operaciones materiales. Es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran.

En síntesis, las funciones del Estado, de innegable contenido político, tienen destino administrativo porque son la materialización teórico-práctica de los fines del Estado”. *(*Casani, 1972, p. 30).

En nuestra patria, el criterio antes expuesto, tiene plena vigencia; toda vez que, debido al desarrollo económico se ha buscado reforzar al poder o a la Función Ejecutiva, con una clara inclinación hacia el presidencialismo, hecho que fácilmente puede deslizarse hacia el autoritarismo unipersonal, por cuanto en el

Presidente de la República se concentran las atribuciones de Jefe del Estado, los poderes de Jefe del Gobierno y la iniciativa legislativa que en innúmeras ocasiones es la única génesis de legislación; hechos todos éstos que se encuentran consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

En algunos países existe, con categoría constitucional, y desde luego con independencia de las funciones del Estado anotadas, la función de vigilancia de la gestión fiscal de la administración, o control fiscal. Se configura así una cuarta rama del poder, y una quinta rama podría ser la electoral, como garantía real de la verdad del sufragio, base democrática de todo el poder.

El control fiscal constituye una función del Estado si nos atenemos a los elementos doctrinarios; en consecuencia, no cabe que se lo siga manteniendo como organismo articulado a las otras funciones del Estado.

"Si intentáramos hacer una ecuación de lo que debe ser, en esencia, un Estado de Derecho, ella pudiera ser la siguiente:

Garantías individuales + principio de legalidad = control jurídico + responsabilidad = Estado de derecho.

La ecuación señalada nos indica que sin control jurídico sobre la Administración no puede establecerse responsabilidad alguna por las infracciones al derecho, luego la violación de aquel queda sin sanción, lo que no incentivaría a la autoridad a la sujeción al principio de legalidad, en atención a que, en la práctica, serían las mismas las consecuencias que acarrearía tanto el cumplimiento como la inobservancia del citado principio...". (Caldera, 1979, p 336).

La función de control no solamente es indispensable para velar por el respeto del derecho y para la realización de las metas específicas que configuran el bien común, sino que también es imprescindible para tutelar los derechos que la Constitución asegura a los individuos; pudiendo entenderse además que, el control, tiene como fin el proteger al administrado.

Esto se materializa y toma sentido en las distintas normas constitucionales establecidas para proteger el derecho de las personas de tener mecanismos de defensa ante la administración pública, y las distintas resoluciones que de esta emanan, ya que muchas veces vemos que el servidor público no utiliza el poder a él otorgado por el Estado para servir a la sociedad, sino se sirve de él.

De conformidad con la Legislación vigente, al "control" se lo ubica como un cometido funcional, por cuanto es la actividad o tarea que el artículo 212 de la Constitución de la República del Ecuador confía a la Contraloría General del Estado.

Desde el punto de vista administrativo, la función es sinónimo de actividad, cada actividad es un fin y los procedimientos para lograrlo le son propios, características por las cuales se pueden aglutinar las actividades estatales similares, con miras a regularlas y controlarlas.

La tendencia de los Estados de nuestra época es la de considerar a cada función como un objetivo que debe lograrse utilizando medios específicos, los mismos que están dados por las técnicas administrativas, económicas y contables.

Por las consideraciones expuestas, al "control" se lo debe considerar como una "función" por la importancia y trascendencia de su gestión dentro del desenvolvimiento del Estado, por cuanto contribuye a su mejor funcionamiento; e inclusive, nuestra legislación lo ha centrado en los principios de la Efectividad, la Eficiencia y la Economía, aspectos íntimamente vinculados con el desarrollo mediante la utilización racionalizada de los recursos estatales, debidamente confrontados con la aplicación indefectible de la Ley. Por lo expuesto, bien podemos conceptuar que el “control” no es otra cosa que comparar lo que es frente al deber ser, en donde, constituye la revelación de los actos u omisiones presentados o evidenciados en la Administración Pública en la utilización de los recursos estatales, mientras que el deber ser, está conformado por el bloque normativo que los rige; su confrontación, permite

develar la forma o manera en que tales recursos han sido utilizados para el cumplimiento de los fines o de los deberes del Estado.

"...el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia". (Silva, 1976, p. 45).

En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su más amplio sentido, es menester la existencia de un sistema que implique garantías de respeto e independencia por su gestión; así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas del Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente.

"...para que haya control es menester no sólo que se comprenda la necesidad real de su existencia, sino que se subentienda también la convicción de que sólo sometida a principios constitucionales básicos podrá desenvolverse y desarrollarse la acción institucional dentro de un Estado, y eso se da en un Estado democrático. Las dictaduras son a jurídicas por excelencia y cualquiera que sea el deseo de quienes las ejercen de rodearse de un barniz de juridicidad, ellas estarán siempre marcadas por el estigma de la arbitrariedad". (Silva, 1976, p. 49).

El control debe subordinarse al sistema jurídico del Estado. En el Ecuador se le atribuye a la Contraloría General del Estrado, organismo técnico y autónomo, el control de la utilización de los recursos estatales, y sobre la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, teniendo como funciones, las de dirigir el sistema de control administrativo que se compone de la auditoría interna, de auditoría externa y de control interno de las entidades del Sector Público, así como de las del sector privado que administren recursos públicos; las de determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia tiene la Fiscalía

General del Estado; la de expedir la normatividad para el cumplimiento de sus funciones; y la de asesoría para los referidos fines, conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 211 y 212, y los desarrolla el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El control pertenece a la colectividad entera y siempre debe merecer la confianza de esa colectividad; de ahí que la filosofía del control impone, como uno de los requisitos de su esencia, que éste sea apolítico, es decir, que no esté inspirado o determinado por ningún tipo de partidismo o posición ideológica. La carta de objetividad del control radica, precisamente, en el apoliticismo.

La organización de los entes públicos requiere de una revisión continua para adecuarse y responder con eficacia a las finalidades para las que se crearon, y, para cumplir con el objetivo que se proponen. Esa revisión se tornó imperativa en el organismo superior de control, porque está llamado a garantizar a nuestro pueblo un eficiente, efectivo y económico empleo de los recursos humanos, materiales y financieros estatales, que responda a una imperiosa necesidad de cambio en cuanto a la forma de llevar y controlar las actividades financieras del Estado y lógicamente a la salvaguarda de sus recursos.

Todo Estado realiza actividades financieras, regidas por principios y normas especiales, un grupo de ellas son las que regulan el actuar de los organismos de control. El derecho administrativo les asigna, a los indicados organismos, la importantísima tarea de buscar los medios más adecuados para asegurar la eficiencia de la administración pública.

Desde la antigüedad se habló del control de las finanzas públicas, Platón y Aristóteles en sus obras sobre política ya lo anotaron. En la organización del Estado casi siempre existió un órgano encargado de la vigilancia sobre la actividad financiera del Estado. En consecuencia, la fuente u origen de la función contralora está en el Poder del Estado que, organizado jurídicamente, distribuye entre los órganos que crea, el cumplimiento de sus fines.

Manuel María Diez entiende por control,"...un nuevo examen de los actos de una persona por parte de otra que está para ello expresamente autorizada". "Galicismo usado para referirse a la función de supervisión que tienen los órganos de la jurisdicción sobre la validez formal o sustancial de los actos de la administración y sobre la constitucionalidad de las leyes". (Diez, 1971, p. 114).

El término control viene del verbo "controlar", verificar o confrontar. El control (contra rol) es primitivamente un segundo registro, efectuado aparte para la verificación del primero; de donde, por extensión significa que una afirmación es exacta, o que un trabajo ha sido ejecutado como debía serlo.

En varias ocasiones hemos repetido el término Sector Público, y por ello estudiamos el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala que sector público “comprende, los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Control Social, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, 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 el desarrollo de las actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. (Lexis, 2014).

Las normas para establecer responsabilidad administrativa, civil culposa e indicios de responsabilidad penal por el manejo y administración de los fondos o recursos públicos estatales, se aplican a todos los servidores de las entidades a las que se refieren la norma anterior.

El sistema de control se extiende también a las actividades de entidades y organismos de cualquier naturaleza que, no estando comprendidos entre los determinados en los incisos anteriores, reciban asignaciones o participaciones de recursos públicos estatales.

El ejercicio del control gubernamental tiene por objeto el "... establecer la conformidad de ciertos actos con normas establecidas; o su correspondencia o proporción con determinados fines. El objeto práctico del control puede ser

distinto, en algunos casos puede influir sobre la formación o sobre la eficacia del acto que es motivo del control, con el objeto de impedir que éste se realice si es irregular o inoportuno, o de juzgar, a través de la irregularidad del acto, la conducta de la persona que ha contribuido a su nacimiento y decidir sobre su responsabilidad eventual". (Zanobini, 1954, p. 142).

“La función del control tiene una finalidad técnica-legal vinculada con la regularidad de los actos de gestión y el adecuado manejo de los fondos públicos, pero además persigue un fin más amplio de tipo político, cual es la apreciación de la orientación general del gobierno del Estado, costo y eficacia de los organismos oficiales y armonía de la actividad desarrollada a los planes de acción económico-sociales. Esto explica que la doctrina establezca una distinción conceptual entre ese aspecto puramente contable y el aspecto directo que están implícitos en el control". (Giuliano, 1989, p. 23). Cabe anotar, de manera enfática, que no es el objeto ni el fin del control el descubrimiento de desviaciones; toda vez que, su objeto y su fin, es mejorar y hacer cada vez más eficaz la gestión administrativa.

En ocasiones las desviaciones que descubre el control son de tal naturaleza que se precisan determinar responsabilidades, pero esta no es ni la actividad más importante ni menos la razón de ser del control.

Lo fundamental del control es que al aplicárselo contribuya a modificar la realidad que ha sido objeto de examen o de verificación. El ejercicio del control, sin que tenga como resultado la modificación de la realidad, para adecuarla a la norma, no es control.

Del concepto que hemos dado de control, es posible inferir la existencia de sus principales elementos: Norma, comparación, y, acción correctiva.

Norma, para los efectos del control, es la disposición a la cual deben ceñirse los actos, y ésta puede ser de la más variada naturaleza.

Comparación, es la operación en virtud de la cual confrontamos con la norma el acto o la conducta objeto de análisis.

Acción correctiva, es toda medida adoptada para acomodar a la norma el acto o la conducta que se apartan de la misma.

Para José Roberto Dromi, "La actividad pública está regulada jurídicamente. En su quehacer rigen ciertos principios jurídicos de una situación política sustantiva, como el principio de legalidad, de raíz constitucional en nuestro derecho, que asegura al individuo, imponiéndole al Estado el respeto de la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad jurídica, control y responsabilidad jurídica, consecuencias todas del Estado de Derecho como modelo adoptado para la organización pública". *(*Dromi, 2001, p. 550).

Conforme el concepto citado existen varios tipos o tipologías de control, según quien lo ejecuta: El control legislativo o parlamentario es el que se cumple por acción de los organismos que integran la función legislativa; es decir, en nuestro país por la Asamblea Nacional. Este control se encuentra en la entraña del régimen democrático. Se caracteriza porque es una actividad crítica, de investigación, que concluye por un acto de aprobación o de censura.

"Debe ser un control de carácter político, participativo del quehacer de la administración. Está generalmente venido a menos y ha dejado de cubrir, en forma sistemática, las necesidades fiscalizativas de la administración moderna, cuya complejidad y tecnicismo suelen escapar a la competencia y las posibilidades de la labor parlamentaria. Algunas técnicas de fiscalización parlamentaria siguen manteniendo su vigencia normativa y empírica, como los pedidos de informes, interpelaciones, comisiones investigadoras, y el juicio político mismo, aunque este último se ha convertido en un cañón de museo, con exceso de espectacularidad y escasez de eficacia, por que se requiere casi siempre de quórum funcionales elevados en los órganos de juzgamiento, y ello motiva que prevalezca, a veces, la solidaridad parlamentaria sobre los intereses públicos". *(*Dromi, 2001, p. 553).

El numeral 9 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador le faculta a la Asamblea Nacional fiscalizar los actos de las Funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del Poder

Público y requerir a las servidoras y a los servidores públicos las informaciones que considere necesarias.

"La fiscalización parlamentaria tiene importancia cuando impone moralidad a la autoridad administrativa, pero puede degenerar en función ineficaz cuando los cuerpos colegiados se mueven acatando los instintos partidistas en desmedro de la nación o de la colectividad". (Fiorini, 1995, p. 162).

El Control Judicial, se realiza en la esfera judicial, por un órgano creado específicamente para esta finalidad, el Consejo de la Judicatura que actúan como terceros imparciales e independientes. En el Estado moderno se ha establecido una función que da mayor seguridad a los derechos y al orden jurídico, al instituir organismos que no dependen del órgano administrativo y que tampoco se encuentran subordinados al órgano legislativo en el cumplimiento de sus funciones específicas.

Según la doctrina clásica, el control jurisdiccional sólo puede examinar la legalidad del acto, en tal virtud, el órgano jurisdiccional puede examinar si el acto ha sido expedido en ejercicio de facultades vinculadas; pero si el acto es parcialmente discrecional, el órgano jurisdiccional debe limitarse a examinar únicamente aquello que correspondiere a la actividad vinculada, dejando que el órgano administrativo fuere el competente para apreciar la oportunidad del acto.

El Control Administrativo, es el que se desarrolla en el ámbito de la administración y se dirige a los actos que ella ejecuta. Este control puede realizarse tanto en lo que respecta a la ilegalidad del acto como a la inoportunidad o inconveniencia del mismo. Se trata de que la actividad administrativa sea eficaz y los actos que se dicten o se ejecuten no estén viciados. El administrado puede obtener por este sistema, que el acto viciado sea modificado o eliminado, haciendo uso de los recursos administrativos.

Teniendo en cuenta el objeto, el control se clasifica en: control de legalidad y control de oportunidad. El primero establece si los actos expedidos están de conformidad con la Ley y con el Reglamento, determina si el contenido no es

contrario a ninguna norma jurídica obligatoria. La función a la que da origen el ejercicio de este control, se llama de vigilancia. El segundo, establece si, además de legítimo, el acto expedido es conveniente y oportuno, especialmente desde el punto de vista económico y de buena administración.

Mientras el control de legalidad o jurídico pone en movimiento una actividad reglada de la administración, ya que tiene por objeto confrontar dicho acto con la norma jurídica vigente, el control de oportunidad se resuelve siempre en una apreciación discrecional, ya que resulta de la aplicación del criterio de oportunidad el que, necesariamente, es variable y subjetivo.

De acuerdo con la forma como se realiza el control, tenemos: de oficio, a instancia de parte y obligatorio:

Control de Oficio, es una especie de control interno o de autocontrol, efectuado por los mismos órganos administrativos, con el fin de cumplir la ley con la máxima satisfacción del interés público. Se caracteriza por no requerir de la excitativa particular para iniciar el procedimiento. El Control a instancia de Parte, procede cuando el administrado sujeto de control, debe tomar iniciativa y requerir la intervención del órgano contralor. El Control Obligatorio se da cuando, sobre la base de normas legales, el órgano contralor tiene facultad privativa y obligatoria de realizar su intervención.

Según el órgano que ejerce el control, se clasifica en interno y externo. Control Interno comprende el plan de organización y el conjunto de medios adoptados para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia en las operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de las metas y objetivos programados, conforme lo señala los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. El control interno puede ser considerado de naturaleza administrativa o financiera según su enfoque, entendiéndose por control interno administrativo, al que permite verificar que a la autorización de las transacciones y actividades institucionales así como a la ejecución de las mismas las sustenta los principios

de legalidad, eficacia, transparencia, racionalización y oportunidad para fomentar la eficiencia de las operaciones, la observancia de la política prescrita y el cumplimiento de los objetivos y metas programados.

El Control Interno Financiero, es un plan de organización, procedimientos y registros que conciernen a la custodia y salvaguardia de los recursos y la verificación de la exactitud, veracidad y confiabilidad de los registros contables y de los informes financieros, para que las operaciones y transacciones se ejecuten de acuerdo con la autorización general o específica.

Los controles internos financieros, generalmente, incluyen aspectos sobre los sistemas de autorización, aprobación, segregación de deberes, registros e informes contables de las operaciones o la custodia y controles físicos sobre dichos recursos.

La Auditoría Interna, es la unidad responsable de la evaluación posterior del sistema de control interno. Por su parte el Control Externo, conforme lo hemos evidenciado, lo ejecuta la Contraloría General del Estado, autorizada por la ley, en forma expresa, para efectuarlo.

Como dice Sayagues Lasso, "Control externo es el que ejerce un organismo sobre otro, que pertenecen a una persona jurídica distinta". (Sayagues, 2002, p. 122).

Este control es el conjunto de procedimientos, técnicas y métodos aplicados en una entidad u organismo por la Contraloría General del Estado, con el fin de verificar y evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales, normas, políticas y reglamentos respectivos, determinar el grado de eficiencia, efectividad y economía en que han sido utilizados los recursos humanos, materiales y financieros, evaluar el logro de las metas y objetivos programados y emitir las recomendaciones para la toma de acciones correctivas que sean necesarias.

En materia de control externo, es preciso citar la disposición del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que concede

atribuciones específicas a la Contraloría General del Estado para la práctica del Control Externo posterior, y consiste en el examen que se realiza con posterioridad a la ejecución de las operaciones financieras o administrativas de una entidad u organismo por medio de la auditoría gubernamental. Estas auditorías son financieras y operacionales u operativas o lo hace también por medio de los exámenes especiales y respecto a la realización de proyectos de obras públicas.

De la pragmatización doctrinaria de la ubicación del tema, hemos de colegir que el Estado, como máxima estructura organizacional de la sociedad y que persigue el ordenamiento en las relaciones de los actos de las personas para la consecución del buen vivir, lo realiza por medio de la Administración Pública. Dentro de la indicada Administración Pública y para efectos de dirigir el control administrativo de sus actos o de sus omisiones o incumplimientos, cautelando la utilización legal y racional de los recursos estatales, así como la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado, se estableció el organismo superior de control gubernamental, llamada Contraloría General del Estado.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la Auditoría como "Empleo del Auditor" y a la palabra "Auditor" como "Agente-Revisor de Cuentas-Colegiado de Guerra: Funcionario del Cuerpo Jurídico Militar que informa sobre la interpretación o aplicación de las leyes y propone la resolución correspondiente en los procedimientos judiciales y otros instruidos en el ejército o región militar donde tiene su destino".

El Diccionario Larousse identifica a la palabra Auditoría como " f. empleo o dignidad de auditor, tribunal o despacho del Auditor; y, Auditor: "funcionario jurídico, militar o eclesiástico". (Larousse, 2014).

Auditoría significa escuchar, pero el concepto moderno del término es más amplio, ya que a más de oír, implica la necesidad de investigar y buscar causas y efectos.

Auditar es averiguar, conocer, identificar y evaluar las actividades de una organización, según los cambios o ajustes que se consideren necesarios para

mejorar la eficiencia de una entidad, sea esta pública o privada; pequeña, mediana o grande.

Un concepto general de auditoría podemos expresarlo en los siguientes términos: Auditar es llevar a cabo un examen metódico y ordenado e implica la necesidad de investigar causas y efectos.

En la práctica, al hablar de auditoría se asocia este término a la auditoría contable, porque se considera que únicamente la actividad económico-financiera de la empresa debe ser analizada y revisada.

La Administración moderna, que entre otros aspectos se caracteriza por la especialización, cuenta, además de la auditoría contable, con otras herramientas para medir la eficiencia. Estas son: Auditoría Operativa u Operacional, Auditoría Financiera, Auditoría Administrativa, Auditoría Técnica o de Obras, Auditoría Interna, entre otras.

Auditoría Contable, "Es un medio de investigación y juzgamiento desde el punto de vista administrativo, económico, contable y legal de todo movimiento operacional de una empresa". Este concepto vertido por el Dr. Carlos Albuja, Profesor de la Universidad Central del Ecuador, es bastante amplio y puede aplicarse para una definición general de auditoría, ya que además del campo contable involucra la revisión de las operaciones de la Empresa, que corresponde a las Auditorías Operativa y Administrativa.

El autor E.L. Kohler, indica que Auditoría "Es cualquier inspección llevada a cabo por una tercera persona, de los libros de contabilidad, comprendiendo análisis, pruebas, conformaciones o comprobaciones".... "Revisión o exploración crítica que ejecuta un Contador Público de los controles internos fundamentales y de los libros de contabilidad de una empresa comercial o de otra unidad económica, antes de expresar una opinión sobre la corrección y confiabilidad de sus estados financieros". (Kohler, 1976, p. 224).

El doctor Fabián Martínez, en su obra "El Contador Público y la Auditoría Administrativa" cita a Montgomery Kohler, y señala "...es el examen sistemático

de los libros y registros de un negocio u otra organización, con el fin de determinar o verificar los hechos relativos a las operaciones financieras y los resultados de éstas, para poder informar sobre los mismos". (Martínez, 2012, p. 25).

La Auditoría Financiera, conforme la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en el artículo 20 nos dice "... informará respecto a un período determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una institución pública, ente contable, programa o proyecto; concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría, en el que se incluirán las opiniones correspondientes.

En este tipo de fiscalización, se incluirá el examen del cumplimiento de las normas legales, y la evaluación del control interno de la parte auditada". (Lexis, 2014).

Existe una errada concepción de este tipo de Auditoría; pues, se supone que cumple una función de pesquisa, que localiza fraudes y dolos en el manejo económico de una empresa; este criterio equivocado ha perjudicado la aplicabilidad real y práctica de la auditoría dentro de la organización ya que se elude considerar que sustancialmente su misión es la ayuda a la Gerencia para la toma de decisiones en el campo financiero, esencialmente.

La Auditoría Operacional u Operativa, llamada también de Gestión en cambio consiste en la acción fiscalizadora dirigida a examinar y evaluar el control interno y la gestión, utilizando recursos humanos de carácter multidisciplinario, el desempeño de una institución, ente contable o la ejecución de programas o proyectos, con el fin de determinar si dicho desempeño o ejecución, se está realizando o se ha realizado de acuerdo a los principios y criterios de economía, efectividad y eficiencia, especialmente respecto a los procesos administrativos, las actividades de apoyo, financieras y operativas, la eficiencia, efectividad y la economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo, así como el cumplimiento de las atribuciones, objetivos y metas institucionales, de la que se emite los

pertinentes informes que contienen comentarios, conclusiones y recomendaciones tendientes a mejorar las actividades y materias examinadas, conforme lo identifica el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El Examen Especial es la evaluación que se practica a aspectos limitados o de una parte de las operaciones y transacciones financieras, administrativas, operativa y de medio ambiente con posterioridad a su ejecución, aplicando las técnicas y procedimientos de la auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia del examen, con el objeto de evaluar el cumplimiento de políticas, normas y programas y formular el correspondiente informe que debe contener comentarios, conclusiones y recomendaciones, según se desprende del texto del artículo 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Auditoría Interna está directamente relacionada con las Auditorías Contables y Financiera, y consiste en el mismo examen posterior de las operaciones financieras o administrativas de una entidad u organismo del sector público, como un servicio a la alta dirección, realizada por sus propios auditores organizados en una unidad de auditoría interna institucional.

La Auditoría de Aspectos Ambientales consiste en la evaluación de los procedimientos de realización y aprobación de estudios y evaluaciones de impacto ambiental en los términos establecidos en la Ley de Gestión Ambiental Codificada, en la Constitución, según señala el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Auditoría de Obras Públicas o de Ingeniería, evalúa la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en los programas o proyectos específicos sometidos a examen, pronunciándose respecto a la legalidad, eficacia y efectividad así como en la economía de la obra pública, teniendo como marco de comparación o de guía

para el cumplimiento del control, a la normativa constante y vigente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, además de la normativa de aplicación, conforme lo establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Las decisiones administrativas generan transacciones u operaciones financieras y que realizadas éstas aislada o sucesivamente son susceptibles de medición o control; este control es de carácter cualitativo y por lo mismo la calidad de las operaciones y transacciones financieras se determina desde los aspectos de la eficiencia, la efectividad y la economía, como hemos señalado anteriormente, debiendo entenderse por eficiencia como la "medida convencional de rendimiento en función de un estándar predeterminado". "Medida de capacidad de producción a una velocidad determinada con la concurrencia de costos más bajos o con los mismos costos a una mayor velocidad lo que nos da como resultado que la eficiencia sería el logro de las metas con el menor costo", considerando al costo como a la expresión en términos de recursos.

La efectividad, aplicado el criterio a las operaciones financieras y de hecho a las decisiones administrativas se ha de entender como la satisfacción de las metas u objetivos establecidos o programados; su objetivo es el cumplimiento, conclusión y logro de aquello que con anterioridad fue determinado.

La economía, que consiste en "… la explicación del ahorro en trabajo o dinero", "… o simplemente el menor costo en la ejecución o consecución del algo". (Larousse, 2014).

Este criterio valedero para los fines en los cuales es utilizado, nos lleva a la lógica conclusión de que cada operación financiera tiene un costo y que éste es susceptible de medición en comparación con aquel que siendo menor fue posible conseguirlo u obtenerlo.

"La conjugación de la economía en la operación financiera aislada o en las operaciones del proceso necesarias en una operación financiera amplia, se convierte en una medida complementaria que da fisonomía y carácter

completos a la eficiencia dentro del análisis cualitativo de las operaciones financieras". *(*Ariosto, 1966, p. 58).

CAPITULO II

2. Marco Teórico.

2.1 El Acto y sus Efectos en el Derecho Administrativo.

2.1.1. El Acto Administrativo.

El acto administrativo es el motivo por el cual surgen los recursos administrativos como medios para impugnar aquel cuyo efecto pueda causar daño al administrado. Por lo expuesto, debemos darle un estudio específico a fin de poder comprender el origen del recurso de revisión.

Resulta importante revisar el acto administrativo desde sus puntos esenciales, comenzando por su definición:

Definición de acto administrativo: Podemos recoger las más variadas definiciones sobre el acto administrativo, pero hemos decidido exponer aquellas que resultan más relevantes en nuestro estudio, sin desmerecer al resto de criterios de muy respetados autores.

El primer estudioso al que haremos referencia es Manuel María Diez, que analiza al acto administrativo desde dos puntos de vista: “En el sentido Material el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sea administrativo, legislativo o judicial, con sustancia o contenido administrativo. Mientras que desde el punto de vista formal acto administrativo será aquel que emana de un agente administrativo en cumplimiento de sus funciones designadas por la Ley”. A más de esta distinción Diez lo entiende como: “una declaración de un órgano del poder ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros; y que cuando cumple con su ciclo de formación y contiene todos los elementos esenciales se dice que es perfecto. Su eficacia surgiría de su capacidad de producir efectos jurídicos”. (Diez, 1961, p. 102).

Rafael Bielsa por otra parte afirma que, “acto administrativo es la decisión general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones y que se refiere a derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas”. (Bielsa, 1980, p. 58).

El tratadista uruguayo Sayagues Laso distingue al acto administrativo como: “toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos subjetivos”. (Sayagues, 2002, p. 388).

Nuestra legislación ecuatoriana recoge la definición de Agustín Gordillo en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que señala: “acto administrativo es toda declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”. (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 1994).

Podemos considerar como la definición más complete de acto administrativo aquella que da Royo Villanova: “Es acto jurídico que por su procedencia emana de la voluntad de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta, positivo o negativamente, a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública”. (Villanova, 1950, p. 92).

Al establecer que la declaración deber ser propia de un sujeto de la administración pública, se excluyen del carácter de actos administrativos aquellos que lo sean solo objetivamente, en cuanto deriven de órganos legislativos o judiciales. Quedan eliminados también los actos que, si bien emanan de la administración pública lo sean en ejercicio de su potestad legislativa o jurisdiccional.

El acto nacido de la actividad jurídica de la administración pública, debe regirse a producir efectos jurídicos tales como crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas. Estos actos van a producir un efecto de derecho con respecto a los administrados conforme al mejor servicio.

Son las circunstancias establecidas por el derecho ecuatoriano para considerar si un acto administrativo es presunto, regular y por lo tanto válido. De esto dependerá a si el acto administrativo tenga la vigencia y eficacia necesaria para causar un efecto jurídico sea subjetivo o no.

El Acto Administrativo es plena declaración de voluntad de la administración ya que de no existir esta estaríamos frente a un hecho administrativo. Pero se diferencia de los contratos administrativos en los que encontramos una doble voluntad, el Recurso Extraordinario de Revisión lo presentamos ante la Contraloría General del Estado cuando la voluntad ha sido unilateral.

"característica fundamental del acto administrativo es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance puramente individual. Esto lo diferencia del reglamento, que es también un acto de la administración pero que crea reglas generales. Con frecuencia el acto administrativo crea, modifica o extingue derechos subjetivos". (Sayagues, 2002, p. 389).

2.2. Clasificación del Acto Administrativo.

Doctrinariamente se ha clasificado a las condiciones para que un acto administrativo tenga perfecta validez y son los siguientes:

- Aquellos elementos de fondo que constituyen al órgano competente, la motivación, el objeto a más del contenido del mismo.

- Encontramos de igual manera aquellos elementos de forma sin los cuales no se podría exteriorizar el acto administrativo y que va de la mano de la motivación que este deberá tener.

Otra de las condiciones fundamentales que algunos doctrinarios contemplan es la Voluntad Administrativa considerada como la que justifica la validez y eficacia de los actos administrativos.

Esta voluntad debe ser exteriorizada, palpable, objetiva, su declaración se transforma en el acto administrativo. Se fusionan y se forma uno solo que a final causara los efectos jurídico-administrativos.

El artículo 64 del Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, (ERJAFE), establece la forma para que la voluntad administrativa se manifieste. Art. 64.- CATEGORIAS.- "Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración". (Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, 1994).

Lo que nos da a entender que si la voluntad administrativa es afectada de error, fuerza o dolo el acto administrativo puede declararse como inválido.

2.3. El Órgano Competente.

Como competencia debemos entender a las facultades que serían propias del Estado y sus organismos de control. Es en la medida que las funciones están otorgadas a los organismos públicos. Como lo establece al articulado 84 del ERJAFE que indica: "la competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo". (Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, 1994).

La competencia acorde a la legislación ecuatoriana se mide en base al territorio, grado, al tiempo, y a la materia que se trate.

En base a la materia la competencia del órgano administrativo se fija en atención a la clase o tipo de funciones que debe cumplir según lo expresamente fijado. Cada órgano entonces, tiene su competencia limitada al cumplimiento de determinados fines del Estado y por ello no podría realizar actos que excedan de la esfera de competencia que la Ley asigne, esto, acorde a lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador en su articulado 226 que 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”. (Lexis, 2014).

En este sentido nuestra propuesta no pretende limitar o quitar competencias que pertenecen a la Contraloría General del Estado, lo que busca es establecer un mecanismo que valide dicha competencia, mediante la reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General que establece una traba al principio de celeridad procesal, lo cual produce que la vía administrativa en la Contraloría General del Estado pierda relevancia y sentido. Buscamos que esta institución pública no se muestre ineficiente, sino con una potestad de juzgar el error causado en el ejercicio de su propia competencia en base al principio de la auto tutela.

2.4. Causa de Acto Administrativo.

La causa de un acto administrativo debe entendérsela como aquel antecedente que la provoca, como dice Manuel María Diez: “Es el ultimo motivo que precede a la manifestación de voluntad, el fin práctico que persigue el acto, la intención ulterior que se propone obtener quien dicta el acto”.

“Consiste en las causas de hecho y de derecho que dan origen a la decisión de dictar un acto administrativo”. (Diez, 1961, p. 228).

Función Administrativa.- Actividad que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales.

Actos Jurídicos.- “Los actos jurídicos administrativos son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir afectos jurídicos”. (Sayagués, 2002, p. 381).

2. 5. Procedimientos Administrativos de Impugnación.

2.5.1. Recursos.

Para Sayagués Laso “Son los distintos medios que el derecho establece para obtener que la Administración, en vía administrativa, revise un acto, y lo confirme, modifique o lo reforme.” (Sayagués, 2002, p. 398). Mientras que Marienhoff sostiene que: “los recursos administrativos son ciertos medios de impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o extinción.”(Marienhoff, 2000, p, 323).

Del análisis efectuado a la aplicabilidad de la interposición de tales recursos así como con el sustento de lo expresado por los tratadistas referenciados, podemos inferir que el recurso en la vía administrativa, efectivamente pretende controvertir una decisión adoptada por el poder público y ejercido fácticamente por la Administración Pública. De la presente introducción básica, bien podemos colegir también, que toda persona que considere violentados uno o cualquiera de sus derechos por efectos de la aplicación presuntamente errada del derecho público por parte de los administradores en la expedición de los actos administrativos, de simple administración y en las resoluciones, se le atribuye como sujeto de derecho para legítimamente controvertirlos en la misma vía administrativa y ante la misma autoridad de la que emana el acto impugnado.

En las reclamaciones administrativas los interesados pueden peticionar y propender a la formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; a la cesación del comportamiento, conducta o actividad; y, a la enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto. En cuanto a la tramitación de una reclamación, esta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo, según lo establece el artículo 172 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Por lo tanto podemos considerar que en vía administrativa el administrado goza de la facultad de presentar sus reclamaciones ante los actos administrativos que crea le perjudican, pero así mismo podemos razonar en que la discrecionalidad de la que gozan las resoluciones de la administración pública carecen de objetividad y que las posibilidades de que sean resueltas de manera positiva las peticiones del recurrente se vuelven casi nulas.

Para controvertir los actos y resoluciones de la Administración de Gobierno Central y que constituye la Función Ejecutiva, básicamente, la normativa de aplicación recoge procedimientos que posibilitan dejar sin efecto o al menos, suspenderlos, un acto de su derivación que se considere y estime nocivo o perjudicial a sus intereses, en razón del daño que los causa. Esta aplicación de controversia administrativa sustrae para su tratamiento, análisis y resolución posterior y a veces definitiva, a los llamados recursos, que para la legislación ecuatoriana son los denominados Recursos de Apelación y de Reposición, que permiten revisar un acto o resolución del poder público, que pueda orientar su nulidad o su anulación.

2.5.1.1. Recurso de Reposición.

Conforme a lo señalado por el artículo 174 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece el procedimiento que ha de observarse en la interposición del indicado recurso, y se interpone respecto a los actos que no ponen término o fin a la vía administrativa y ante el órgano de la Administración que los hubiere dictado, para su revisión, debiendo señalar de manera clara y categórica que tales actos o resoluciones administrativas, afectan derechos subjetivos del administrado, debiendo ser interpuesto en el plazo de quince días, si el acto fuere expreso; o en sesenta días en caso contrario. Su resolución ha de ser notificada en el plazo de sesenta días, la que es definitiva en la vía administrativa, pero podrá contradecirse en lo Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión.

Para el Dr. Nicolás Granja Galindo, este recurso “consiste en una reclamación que el afectado entabla ante la misma autoridad administrativa que dictó la resolución, con el propósito de que le deje sin efecto o la enmiende, por lesionar su interés, en virtud de las pruebas presentadas”. (Granja, 2002, p. 375).

2.5.1.2. Recurso de Apelación.

La aplicación del Recurso de Apelación procede cuando las resoluciones y los actos administrativos no pongan fin a la vía administrativa, los que se interponen ante los Ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha Administración, cuando el interesado considere violados sus derechos subjetivos o personales dentro de los mimos plazos establecidos para su interposición así como para la resolución que señalamos en el tratamiento del Recursos de Reposición.

2.5.1.3. Recurso Extraordinario de Revisión.

Cuando los actos o las resoluciones dictados o producidos por los Administradores Públicos muestran evidente error de hecho o de derecho que sean susceptibles de nulidad; o cuando de manera posterior a su expedición aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedírselos; o cuando en tales actos y resoluciones hayan influido documentos o testimonios falsos declarados así en sentencia judicial ejecutoriada y en consecuencia de obligatoria observancia y de efectos jurídicos de aplicación inmediata; o cuando se los haya expedido como consecuencia de una o varias conductas de los servidores públicos determinadas como delitos, procede la aplicación del Recurso Extraordinario de Revisión, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

2.5.1.4. Procedimiento de Nulidad.

Hemos señalado que la aplicación de los recursos para controvertir los actos o las resoluciones dictados por los Administradores Públicos, posibilitan nulitar los efectos dañinos a los intereses del administrado, es decir, que tales decisiones administrativas no produzcan efecto jurídico alguno por la declaración expresa y motivada de su nulidad, la que ha de ser declarada por la propia autoridad de la que emanó el acto o la resolución recurrida, o por aquella de grado jerárquico superior, según corresponda.

CAPITULO III

3. ANÁLISIS.

3. 1. La Responsabilidad Gubernamental, Alcance y sus Efectos.

3.1.1. Principios Doctrinarios de la Responsabilidad, Concepto y Clases de Responsabilidad Conforme el Objeto o Materia de su Determinación, y Por los Sujetos Intervinientes.

Consideramos imperativo señalar que de conformidad aplicativa con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala que se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare lo contrario. Según Guillermo Cabanellas existen "... dos especies de presunción, a saber: una determinada por la ley, que se llama presunción legal o de derecho, y otra que forma el juez, por las circunstancias, antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, y que se llama presunción del hombre. La primera es de dos clases; pues o tiene tal grado de fuerza que contra ella no se admite prueba, y entonces se llama presunción juris et de jure, de derecho y por derecho; o solo se considera cierta mientras no se pruebe lo contrario, y en tal caso se llama presunción juris, sólo de derecho". (Cabanellas, 1997, p. 318).

Por su parte, el artículo 32 del Código Civil, expresa "Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la

presunción son determinados por la ley, la presunción, se llama legal". (Fiel web, 2014).

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

De la citada disposición legal se desprende la existencia, en nuestra legislación, de dos clases de presunción: La presunción legal, que es una proposición normativa de carácter legal acerca de la verdad de un hecho, contra la cual se admite, sin embargo, prueba en contrario; y la presunción de derecho, que es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho contra la cual no se admite prueba en contrario.

Haciendo un poco de historia, recordamos que desde la Legislación de Indias hasta 1974, en que se elimina la rendición de cuentas a la Contraloría, y hasta fines de 1979, en que caducó su facultad para estudiar las cuentas y emitir su pronunciamiento, se presumía la incorrección; esto es, se partía de la necesidad de juzgamiento expreso para liberar de culpa o dolo a la persona que manejaba recursos públicos.

A partir del 16 de mayo de 1977, fecha de publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, se presume la corrección hecho consagrado en el artículo 325 del cuerpo legal citado, y recogido por el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que textualmente dice: "Se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones de Estado y por sus servidores, sujetos a esta ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare lo contrario". (Fiel web, 2014).

La presunción contenida en la disposición citada, es legal y no de derecho, en consecuencia, la responsabilidad es de excepción; y armoniza con los siguientes principios constitucionales:

"Art. 66.- 18. El derecho al honor y al buen nombre. La Ley protegerá la imagen y la voz de la persona;"

“Art. 76.-2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.” (Lexis, 2014).

En síntesis, la inocencia, honestidad y corrección no requiere de declaratoria expresa por parte del Contralor General; toda vez que, sólo debe declarar la incorrección.

3.1.1.1. Concepto De Responsabilidad.

Del estudio del tema, nos adelantamos a señalar que la Responsabilidad es la obligación de responder por los actos o por las omisiones ejecutados por uno mismo o por aquellos realizados por terceros en razón de la jerarquía funcional de las servidoras y de los servidores públicos en razón del puesto que desempeñan, o de los terceros relacionados con el servicio público, frente al mandato de la Ley, a las obligaciones y deberes nacidos de la ejecución de los contratos, y de los cometidos asignados, debiendo reparar, enmendar, componer y resarcir el daño causado.

En doctrina existen variados conceptos sobre la responsabilidad, para efectos de la materia que tratamos, revisaremos los vertidos por la Real Academia Española y por el tratadista Guillermo Cabanellas:

"Deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia del delito, de una culpa o de otra causa legal". (Diccionario de la Lengua Española, 2014).

"Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado". (Cabanellas, 1997, p. 352).

En los citados conceptos se considera a la responsabilidad como una obligación derivada de una determinada situación jurídica dañosa.

El artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador señala que "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras y los servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, están sujetos a las sanciones establecidas por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades señaladas." (Lexis, 2014).

Las autoridades, funcionarios, las servidoras y los servidores públicos tienen un conjunto de normas especiales que deben respetar y deberes que deben cumplir, necesariamente la transgresión de ellas origina su responsabilidad y la correlativa sanción.

El fundamento jurídico de la responsabilidad se encuentra, en consecuencia, en la violación de un deber jurídico; debiendo señalarse que el deber jurídico sólo existe para los sujetos capaces de conocerlo y de obrar en virtud de él, es decir, sujetos imputables.

"Los deberes jurídicos de los funcionarios son de dos clases: generales, que lo comprenden como miembro de la sociedad jurídico-política; y especiales, que le conciernen como agente del Estado". *(*Bielsa, 1980, p, 281).

La génesis para la determinación de la responsabilidad, que como hemos señalado nace de la Ley, tiene como punto de partida en el contraste que se hace entre el ser, la realidad, los hechos, la conducta, confrontándolos con el deber ser, el criterio, la norma, el deber; se trata entonces de verificar, por comparación si hay ó no concordancia de lo uno con lo otro. Si existe esa concordancia, naturalmente que hay inocencia o corrección; pero en caso contrario, hay responsabilidad y, con ello, la necesidad de reparar la conducta antijurídica.

"La obligación propiamente sería el deber a cumplirse, mientras que la responsabilidad sería una obligación derivada del incumplimiento del deber". (Vasco, 1980, p. 281).

3.1.1.2. Clases De Responsabilidad.

La responsabilidad se clasifica de conformidad o atendiendo al sujeto que participa, en cuyo caso se identifica como Directa, Principal, Subsidiaria y Solidaria.

La Responsabilidad es Directa hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, faltas de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones, conforme lo dicta el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

3.1.1.3. La Responsabilidad Solidaria.

El concepto de solidaridad fue aplicada desde hace mucho tiempo en el control de los fondos públicos y sobre todo en materia de responsabilidades, pero sólo

a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, recogida por la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 44, tiene un fundamento legal, cierto y expreso, pues con anterioridad el motivo de aplicación era que el interés de los entes públicos que debía asegurarse cuando dos o más personas habían intervenido por igual en el acto lesivo; cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción u omisión administrativa que la origine.

De la disposición legal transcrita se desprende, que la solidaridad debe ser declarada cuando existe coautoría; esto es, participación de varios individuos en un mismo acto administrativo.

Consideramos indispensable el determinar el alcance del término "coautoría" por las implicaciones que entraña en materia de responsabilidades.

"COAUTOR.- Autor en unión de otro o juntamente con varios más. Aunque puede tratarse de una obra cualquiera, incluso loable, el término se aplica sobre todo en Derecho Penal, para referirse a la pluralidad, de ejecutores de un delito o de una falta. En otro caso se emplean con más frecuencia las voces de colaborador, compañero". (Larousse, 2014).

Los coautores, responsables solidarios, responden íntegramente con la obligación derivada de su acción u omisión que causa perjuicio. La totalidad de la obligación, puede ser exigida a cualquiera de ellos indistintamente.

En consecuencia, la responsabilidad solidaria tiene su nacimiento en la coautoría; esto es, porque existe unidad en la atribución del hecho imponible a dos o más sujetos que participan directa y conjuntamente en el presupuesto del hecho determinante de la obligación.

La Responsabilidad Principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria del pago.

La Responsabilidad es Subsidiaria cuando ésta recaerá sobre los servidores, cuya acción u omisión hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos

en la Ley, según lo define el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Efectivamente, la subsidiaridad se basa en cierto nexo que existe, o que la ley presume existente, entre los obligados en primer término y los que deben suplir la falta de cumplimiento de la obligación por parte de éstos.

Al respecto, Guillermo Cabanellas, dice: "La escalonada, de modo tal, que la insolvencia o incumplimiento de una persona o de una clase de responsables, determina la posibilidad de dirigirse contra otra, a fin de exigir la responsabilidad de carácter civil (económica, pecuniaria casi siempre), que no ha resultado factible satisfacer, en todo o en parte, por los principales obligados". (Cabanellas, 1997. p, 222).

En el caso de existir dos o más sujetos de responsabilidad subsidiaria, entre ellos encontramos el nexo de solidaridad, en consecuencia, nos encontramos frente al caso de solidaridad subsidiaria, con las mismas repercusiones jurídicas ya analizadas cuando tratamos el tema de la solidaridad; pero es preciso anotar que los responsables solidarios subsidiarios, respecto del obligado principal, no tienen otra calidad que no sea la de obligados subsidiarios. Por lo dicho, únicamente existe solidaridad entre los responsables subsidiarios, mas no con el responsable principal.

Es imprescindible el determinar con precisión cuál es el responsable principal y cual el responsable subsidiario por las lógicas consecuencias jurídicas que de ello devienen; por ejemplo, si el responsable subsidiario ha cumplido la obligación por el responsable principal, el primero tendrá derecho a la repetición del pago en la vía ejecutiva, para cuyo efecto, constituirá título ejecutivo, la copia certificada del acta de pago. Por lo dicho, la ubicación de una persona como responsable principal o responsable subsidiario nace de la Ley.

Atendiendo al contenido de la responsabilidad, es decir al objeto o materia misma de la responsabilidad conforme el ámbito de la infracción conductual,

ésta puede ser: Administrativa Culposa, Civil Culposa o Indicios de Responsabilidad Penal.

Previo al estudio de esta clasificación de las responsabilidades, consideramos oportuno hacer las siguientes anotaciones:

Hemos dejado señalado que la responsabilidad proviene de un hecho ilícito que lo es tal en la medida que se contrapone a la norma jurídica, Según sea el carácter de la norma contravenida y la naturaleza del perjuicio ocasionado por el hecho ilícito, resultan las clasificaciones de la responsabilidad.

En toda responsabilidad encontramos una norma jurídica y un hecho infractor que comúnmente se denomina ilícito. Sin embargo, no basta que tal hecho se oponga objetivamente a la norma para que, sin más, lo califiquemos como fuente de responsabilidad, es preciso además de la conducta objetivamente contraventora, cause daño o perjuicio real que tenga a aquella como causa. Se requiere por último un elemento de tipo subjetivo representado por la intencionalidad del agente. En consecuencia, en un hecho ilícito encontramos la concurrencia de una conducta, un perjuicio y una intencionalidad. La conducta supone un elemento de carácter material, la acción en sí misma como fenómeno físico y otro de carácter subjetivo; la conciencia de la acción. Al hablar de acción no nos referimos únicamente a las acciones positivas (hacer algo) sino también a las negativas (el no hacer algo) o sea a la omisión con intención.

El tercer elemento, la intencionalidad, es fundamental para que exista responsabilidad, ya que debe existir una relación entre la acción y el querer del agente. En ciertos casos este querer se expresa en forma de una intención positiva de realizar el hecho ilícito, ya se trate, por ejemplo de una sustracción de bienes que se encontraban bajo la custodia de un servidor público; en tal caso estamos en presencia del dolo que da origen a la infracción penal. En otros casos no existe esa intención positiva, el agente no pretende conscientemente realizar el hecho ilícito, sino que éste resulta de su mera

negligencia o falta de debido cuidado en el actuar, en cuyo caso hablamos de la culpa.

En materia de la culpa, debemos remitirnos al Código Civil, que en su artículo 29, dice: "La Ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa levé, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro". (Fiel web, 2014).

Sobre el particular, Alfredo Pérez Guerrero, manifiesta que: "Culpa de cualquier clase, es falta de cuidado, de esmero, de diligencia en un asunto cualquiera. Es omisión de un acto o de una serie de actos que pudieron realizarse y de hecho no se realizaron por negligencia o desidia de una persona. Si no hay daño, el concepto de culpa desaparece, lo mismo que si se trata de una omisión dolosa y fraudulenta o del ánimo positivo de irrogar perjuicio". *(*Pérez, 2010, p. 362).

La culpa resulta de la comparación del obrar de una persona con un tipo ideal que se toma como modelo. Sin tratar de hacer polémica o de profundizar en el estudio de la culpa, el artículo 29 del Código Civil antes transcrito, nos indica

que, para descubrir a la culpa grave es preciso subordinar los actos de los individuos al cuidado del tipo de personas negligentes y de poca prudencia.

Para la culpa leve, es precisa la comparación con el buen padre de familia, obviamente es de suponer que un buen padre de familia empleará no un cuidado ordinario sino un cuidado más intenso en los negocios propios o de su familia.

En cuanto al dolo, es relativamente clara la definición que trae el Código Civil.

Sobre el particular Eustorgio Sarria hace una cita de Legal, que dice:

"La palabra culpa es una de esas expresiones que nada tienen propiamente de jurídicas, que se toman del lenguaje de todos los días y que apelan a la imaginación, a la intuición mucho más que a la razón. Tales ideas despiertan en el espíritu ideas complejas y vagas, de las que por eso mismo es muy difícil darse cuenta exacta y, por ese motivo, cabe llamarlas palabras de evocación, por oposición a las palabras de precisión, que designan instituciones cuyos rasgos característicos están determinados: Tutela, usufructo, hipoteca por ejemplo". (Eustoirgio, 2000, p. 383).

Obviamente la respuesta es, que el derecho administrativo ecuatoriano posea su propia teoría sobre la culpa; toda vez que, las condiciones de la vida administrativa son diametralmente distintas de la vida civil.

3.1.1.4. Responsabilidad Administrativa.

La Responsabilidad Administrativa nace por el grado de inobservancia de la Ley, de las funciones o tareas propias o inherentes al puesto que desempeña la servidora o el servidor público. Es, en consecuencia, la que tiene su nacimiento en la transgresión de normas legales, obligaciones administrativas o de los deberes impuestos al funcionario o servidora y servidor público. "Difiere sustancialmente de la responsabilidad común, tanto por su fin como por su

especial naturaleza y efecto, pues el fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica y en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función". (Altamira, 2002, p. 638).

Es preciso anotar que la responsabilidad administrativa, así concebida, se la impone a consecuencia del control posterior; por tanto no cabe confundir con las sanciones administrativas contempladas en la Ley Orgánica del Servicio Público, y otras leyes de orden disciplinario.

Esta responsabilidad es legal porque tiene su fundamentó en la Ley. Es personal ya que el individuo responde con la persona, en caso de destitución; y no puede delegar a otro individuo el peso de las consecuencias imputables. Es pecuniaria, patrimonial o económica, en el caso de multa, responde con sus bienes, o con los de sus herederos o legitimarios.

La responsabilidad administrativa siempre es individual, pues lo que se trata es de castigar al individúo por su conducta personal antijurídica.

El artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dice: "La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente previstas en el Título lll de esta Ley". (Fiel web, 2014).

La responsabilidad administrativa se establece única y exclusivamente en contra de servidores de las entidades y organismos del sector público, pero también franquea la discutible posibilidad de establecerla en contra de los terceros relacionados con la prestación de servicios públicos por medio de los contratos igualmente públicos. En la responsabilidad administrativa rige el principió nula pena sine lege, en consecuencia la conducta antijurídica debe

constar expresamente tipificada como incorrección administrativa acompañada, lógicamente, de la correspondiente sanción.

Para la aplicación de las sanciones hemos de señalar que en aplicación de la determinación de la responsabilidad administrativa culposa, existen dos tipos de sanción conforme a la materia misma de la infracción administrativa; esto es, sanciones por faltas administrativas, las que se encuentra tipificadas como causales en el texto del artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y que se concreta con la aplicación de una multa de veinte remuneraciones mensuales unificadas del dignatario, autoridad, funcionario o servidor, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la Ley. También se concreta la responsabilidad administrativa que conlleva la pertinente sanción por contravenciones administrativas, que se relacionan con la falta de observancia o de cumplimiento a los requerimientos realizados por los auditores gubernamentales debidamente autorizados, y que se establece con la aplicación de multas de diez a quinientos dólares de los Estados Unidos de América.

Las sanciones administrativas culposas, de acuerdo a los artículos 46 y 47 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, son impuestas por la máxima autoridad de las entidades y organismos del sector público a petición del Contralor General del Estado, pero, si éstas no se las impone, puede imponérselas él mismo, luego del cumplimiento del debido proceso.

Este tipo de responsabilidad, no puede contradecirse en la vía administrativa, pero puede impugnarse ante los Tribunales Contencioso Administrativos, como lo dispone el artículo 49 de la citada Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Responsabilidad Civil Culposa nace de la acción o de la omisión culposa aunque no intencional de una servidora o de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar

resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos, que genera una obligación indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, conforme lo establece el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Las constantes de la responsabilidad civil son, en consecuencia, el daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta antijurídica que lo origina.

El daño debe cumplir con las siguientes condiciones para que amerite el establecimiento de responsabilidad civil culposa:

Que sea un acto o una omisión cierta; su existencia debe encontrarse debidamente acreditada; esto es, contablemente demostrado el perjuicio causado por la acción u omisión de los servidores públicos y de los terceros relacionados con el servicio público.

La certeza se opone a la eventualidad; y, Material, es decir que afecte a los recursos patrimoniales de las entidades u organismos del sector público.

El daño material comprende al daño emergente, el lucro cesante y los intereses computados al máximo tipo de interés convencional, inequívocamente cuantificado, la misma que será determinada en base de una apreciación real cuantificada en dólares.

Si el vínculo antes referido tiene su existencia en el daño producido por la acción o la omisión de los servidores públicos o de los terceros relacionados con el servicio público, procede la determinación de responsabilidad civil culposa; pero si el daño es causado por fuerza mayor, caso fortuito o culpa levísima, este vínculo es inexistente; en consecuencia, no existe responsabilidad.

De lo evidenciado se infiere que la Responsabilidad Civil Culposa, se concreta como producto de la evaluación gubernamental realizada por los Auditores de la Contraloría General del Estado, o por los de las Unidades de Auditoría Interna de las instituciones del Sector Público, a la gestión de los recursos públicos o estatales, cuando por acción u omisión e inobservado norma legal

expresa, hayan causado o causen perjuicio económico en contra de tales recursos, la que para su resarcimiento, lo harán por medio de la glosa y de la orden de reintegro.

En consecuencia, la responsabilidad civil puede tramitarse por dos vías que posibiliten el resarcimiento del perjuicio económico y de los intereses generados por el indicado perjuicio: por medio de la glosa y a través de la orden de reintegro; lógicamente ateniéndose a los méritos y condiciones del perjuicio.

Cabe indicar que, según criterio de varios juristas, la orden de reintegro no constituye responsabilidad civil porque no se cumple con la idea de "perjuicio económico", toda vez que su establecimiento obedece al desembolso indebido; existiendo otra corriente con criterio contrario, por cuanto sostienen que tanto en la glosa como en la orden de reintegro existe el perjuicio económico, diferenciándose la orden de reintegro en que, el desembolso que lo causa, es indebido, pero real.

3.1.1.5. La Responsabilidad Civil vía Glosa.

De acuerdo al enfoque dado a la glosa por el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es un medio jurídico para el resarcimiento del perjuicio económico ocasionado por la acción o la omisión en que han incurrido las servidoras y los servidores de las entidades u organismos del sector público y de los terceros relacionados con actos de la administración y del servicio público por razón de la ley o de estipulaciones contractuales, cuando se evidencia plenamente que las acciones observadas por los revisores gubernamentales, han sido causadas por impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia culposas, pero no dolosas.

La responsabilidad civil culposa se determinará, en forma privativa, por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría

gubernamental se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a las instituciones del Sector Público, por la acción u omisión de los servidores respectivos, de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. Dicho perjuicio se establecerá mediante glosas que serán notificadas al funcionario o empleado implicado, o al tercero relacionado con el servicio público por medio o a través de contratos igualmente públicos, concediéndoles el plazo perentorio de sesenta días para que las conteste y presente las pruebas correspondientes. Expirado ese plazo, el Contralor pronunciará su resolución en el plazo de ciento ochenta días, contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación de la predeterminación.

La glosa puede ser individual, cuando se dirige en contra de una sola persona determinado como responsable, o solidario cuando ésta se concreta en contra de dos o más sujetos responsables, existiendo entre ellos el vínculo de la coautoría.

El perjuicio económico, que amerita el establecimiento de la glosa, puede producirse respecto de los recursos materiales o recursos financieros con que cuentan las entidades u organismos del sector público para el cumplimiento de sus fines.

En caso de resolución confirmatoria, los intereses se calcularán al máximo del tipo de interés convencional desde la fecha en que se causó el perjuicio hasta el momento de la recaudación. En los delitos, desde la fecha real o presunta en que se produjere la infracción, y como consecuencia de ella, el perjuicio económico al Estado, hasta el momento de la recaudación; el faltante cubierto en el transcurso del examen, desde la fecha real o presunta en que se produjera el mismo hasta la recaudación; el pago indebido, desde la fecha del desembolso hasta la recuperación del monto correspondiente. Para efecto de la multas, desde la fecha de la notificación hasta la fecha de pago, conforme lo ordena para la materia el texto del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Si no media el pago, se emitirá el título de crédito respectivo por parte de la institución del Estado o de las comprendidas en el Sector Público, que goce de acción de jurisdicción coactiva, para hacerlo

efectivo mediante la vía coactiva. Caso contrario el indicado trámite lo hará la misma Contraloría General del Estado.

Para nuestro estudio es imperativo señalar que en materia de determinación de responsabilidad civil, franquea dos tipos de recursos orientados a impugnar las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado. En sede administrativa, están sujetas al llamado Recurso Extraordinario de Revisión para ante la propia Contraloría General del Estado; y, en sede jurisdiccional a la acción de impugnación ante la Unidad Judicial de lo Contencioso Administrativo; recursos a los cuales nos referiremos posteriormente.

Única, exclusiva y previamente el Contralor General del Estado puede determinar responsabilidades civiles vía glosa y sólo cuando se haya concluido con la auditoría o el examen especial; cuando haya precedido el estudio del movimiento financiero, o del proceso de contratación y ejecución de estudios o proyectos de obras públicas, del cual se ha establecido la existencia real de perjuicio económico.

3.1.1.6. La Responsabilidad Civil, Vía Orden de Reintegro.

La determinación de la Responsabilidad Civil vía Orden de Reintegro en el caso de pago indebido, lo establece privativamente el Contralor General del Estado, según lo señala el numeral 2 del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y se concreta de la comprobación de la existencia de sumas desembolsadas sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizada la obra, o prestado el servicio o lo hubiere cumplido solo parcialmente. La responsabilidad se establecerá mediante resolución de la Contraloría General del Estado, que será notificada al o a los interesados, sin que sea requisito, en este caso, que haya precedido el estudio del movimiento financiero, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin embargo los interesados podrán pedir al Contralor General del Estado la reconsideración de

la Orden de Reintegro sobre la base de los fundamentos de hecho y de derecho que consideren les asiste, y de ser el caso, acompañarán las pruebas de descargo, conforme a lo dispuesto para la materia, el artículo 27 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades.

Para que proceda la emisión de una orden de reintegro, es preciso se cumplan con los siguientes requisitos: Existencia del pago; Que éste sea indebido, esto es, que no tenga amparo legal o contractual; y, Que haya sido efectuado por error.

"Puede ocurrir que el deudor por un error respecto de la persona a quien le debe, en lugar de pagar a su verdadero acreedor lo haga a un tercero; porque, en principio, existe el mismo pago de lo indebido cuando se paga una deuda inexistente que cuando se paga una deuda existente, pero a otro diferente que el verdadero acreedor, pero para el que recibe el pago la deuda era inexistente". (Altamira, 2002, p. 226).

Los sujetos de esta responsabilidad son las personas jurídicas del sector privado o personas naturales, sean servidores públicos o terceros relacionados con el servicio público.

Como se mencionó anteriormente, en la orden de reintegro encontramos la presencia de dos tipos de responsables: El responsable principal y el responsable subsidiario. Cuando el responsable subsidiario cubre, paga o reintegra el desembolso indebido por el responsable principal, éste se subroga para sí los derechos de la entidad para repetir el pago; para el efecto, el comprobante de depósito en el Banco Central y la correspondiente acta de pago con la notificación de la responsabilidad, en la que se le declara responsable subsidiario, constituye título ejecutivo para que, mediante la acción ejecutiva, repita el pago en contra del responsable principal.

Consideramos necesario señalar que en aplicación de lo ordenado por el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que señala que “a base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, tiene la potestad exclusiva para determinar

responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y procederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65,66 y 67 de esta Ley.

En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, reunirá los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio.

La Contraloría General del Estado efectuará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas". (Fiel web, 2014).

Vale anotar también que ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior. Esta disposición se aplicará en armonía con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público, excepto en materia del establecimiento y determinación de indicios de Responsabilidad Penal, en la cual se juzga y evalúa los actos individuales de los presuntos responsables.

La responsabilidad en los procesos de estudio, contratación y ejecución de obras se concreta cuando las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de construcción,

provisión, asesoría, servicios, arrendamiento, concesiones, delegaciones, comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos, según lo señala el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

3.1.1.7. Indicios de Responsabilidad Penal.

Para el desarrollo de la presente responsabilidad, hemos de acogernos a lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que señala que: "Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257[1] del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera:

1. El auditor Jefe de Equipo que interviniere en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercitará la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de

[1] Los hechos a los que se refiere el artículo 257 de Código Penal derogado, se encuentran a partir del artículo 277 del Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial 180 de 10 de Febrero del 2014.

Procedimiento Penal. Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las instituciones auditadas;

2. El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción en los términos señalados en el artículo 217[2] del Código de Procedimiento Penal y solicitará al juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado;

3. Copia certificada de la sentencia ejecutoriada, será remitida al órgano competente en materia de administración de personal, para la inhabilitación permanente en el desempeño de cargos y funciones públicas." (Fiel web, 2014).

Si los hechos a los que se refiere el artículo anterior estuvieren evidenciados por la unidad de auditoría interna, el jefe de la misma comunicará inmediatamente el particular a la Contraloría General del Estado y, en lo demás, se observará el procedimiento establecido en el mismo artículo.

Por su parte el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece como, otros indicios de responsabilidad penal, cuando "si por los resultados de la auditoría gubernamental los auditores evidenciaren indicios de responsabilidad penal respecto de delitos contra la administración pública y otros que afecten a los intereses del Estado de sus instituciones, tales resultados se presentarán al Ministerio Público para que ejercite la acción penal correspondiente: se considerará el trámite previsto en el artículo 65 de esta Ley." "Ejecutoriada la sentencia que declare la responsabilidad penal de o de los encausados el juez o el tribunal procederá de igual manera que en los casos en los cuales se hubiere deducido acusación particular, a pesar de que ésta no se hubiere presentado. Además, observará lo previsto en el artículo 57 de esta Ley". (Fiel web, 2014).

Así desarrollada la normativa legal aplicable a la materia, debemos precisar cuál es el basamento jurídico de tipicidad de la conducta de la servidora o del

[2] Actualmente artículo 411 del Código Orgánico Integral Penal.

servidor público y del tercero relacionado por la suscripción de contratos públicos, que faculta a la Contraloría General del Estado a predeterminarla. Para el efecto, debemos anotar que el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador señala que “ninguna servidora ni servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras y los servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por los delitos de peculado, cohecho, concusión, y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán en contra de las personas que participen en estos delitos aunque no tengan las calidades antes señaladas”. (Lexis, 2014).

Pero señalemos también cual es la tipicidad conductual que lleva a la determinación de indicios de responsabilidad penal, y, está sustancialmente contenida en lo dispuesto por el artículo 257 del Código Penal, que señala que: “los servidores públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados de efectos que representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón de sus cargos, ya consista, señala, este abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante”; (Fiel web, 2014). Es decir, que la indicada responsabilidad tiene por génesis de sustanciación y de basamento legal y jurídico para establecerla, al abuso arbitrario y no justificado de los recursos del Estado, en provecho personal o para favorecer a terceros. Es la apropiación indebida y dolosa de aquellos recursos destinados a la consecución de los fines y a la realización de los deberes del Estado, y que en el ámbito de la aplicación del derecho se los ubica generalmente como los delitos de peculado.

El actual Código Orgánico Integral Penal, recoge la inconducta descrita y la tipifica en el texto del artículo 278.

3.2. La Revisión de los Actos Administrativos:

La revisión de un acto o disposición es la acción de volver sobre los mismos efectos de su modificación o desaparición del mundo del derecho. Partiendo de esta simple noción y disposición procederemos a realizar nuestro análisis.

3.2.1. La Revisión por la Propia Administración.

La administración pública tiene la potestad de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad con el ordenamiento jurídico, sujeta a límites. No puede ejercerse arbitrariamente.

El ejercicio de aquella potestad da lugar a una actividad de la administración pública, sujeta al derecho administrativo, que deberá realizarse a través de los cauces formales de un procedimiento. Lo que vendría a ser un procedimiento de revisión como uno de los procedimientos administrativos calificados por su finalidad, presupone un acto o disposición previos y su objeto específico es, precisamente, decidir su mantenimiento, modificación o privación de efectos.

3.2.2. El Recurso Extraordinario de Revisión.

3.2.2.1. Concepto y Alcance.

La definición del Recurso Extraordinario de Revisión a la que hemos llegado luego del análisis de varios autores es la siguiente: Es un medio por el cual los administrados (interesados), pueden cuestionar ante la autoridad competente los actos administrativos firmes de la administración pública, siempre y cuando se cumplan con los requisitos para su interposición establecidos en la Ley.

Refiriéndonos propiamente a nuestro tema de estudio señalamos que el Recurso Extraordinario de Revisión es el procedimiento por el cual las resoluciones de la Contraloría General del Estado que se refieren exclusivamente a la determinación de Responsabilidad Civil Culposa, vía Glosa, pueden ser recurridas o controvertidas por los sujetos en contra de quienes han sido determinadas, ante el Contralor General del Estado o ante la autoridad del indicado órgano Superior de Control Gubernamental que reglamentariamente se le haya concedido competencia. El recurrente ha de fincar sus pretensiones en los fundamentos de hecho y de derecho que consideren le asisten y que presuntivamente no han sido valorados en instancia administrativa anterior en la misma Contraloría General del Estado, circunscribiéndolos a los cuatro casos o causales específicos que determina la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Tal interposición ha de ser analizada respecto a si los fundamentos expuestos por el recurrente guardan conformidad con las indicadas causales, y si de la señalada valoración se establece que la prueba aportada es pertinente, y fuere procedente el recurso se otorgará el mismo; caso contrario puede ser negado, sin que el peticionario tenga recursos alguno en la vía administrativa, ni en la contenciosa.

3.2.2.2. ¿Por Qué es Extraordinario el Recurso Extraordinario de Revisión?

El Recurso Extraordinario de Revisión adquiere este carácter en cuanto se da contra actos firmes, es decir, no susceptibles de Recurso ordinario o especial, en los casos específicamente señalados en la ley.

Lo señalado lo corrobora el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dice:

“Con excepción de las ordenes de reintegro, la Contraloría General del Estado revisará las resoluciones originales que expida, en todo lo concerniente a la determinación de responsabilidad civil culposa, de oficio o a petición del directamente afectado por aquellas, en los siguientes casos:

1. Cuando las resoluciones originales hubieren sido expedidas con evidente error de hecho o de derecho, que apareciere de los documentos que constan en el propio expediente o en disposiciones legales expresas;

2. Cuando después de haber sido expedida la determinación de responsabilidad civil culposa, se tuviere conocimiento de documentos ignorados al tiempo de dictar la resolución correspondiente;

3. Cuando en la determinación de responsabilidad civil culposa, se hubiere considerado documentos falsos o nulos, declarados en sentencia ejecutoriada, anterior o posterior a la resolución recurrida; y,

4. Cuando se estableciere que para expedir la resolución que es materia de la revisión, haya mediado uno o varios actos, cometidos por los servidores públicos de la Contraloría General del Estado, tipificados como delitos y así declarados en sentencia ejecutoriada". (Fiel web, 2014).

Por lo tanto adquiere el carácter de extraordinario, aunque varios autores como Ernesto García o Jesús Gonzáles le confieren también el carácter de excepcional al Recurso Extraordinario de Revisión, ya que no contempla la posibilidad de plantear de nuevo Recurso alguno en vía administrativa. No puede erigirse en un instrumento para reabrir plazos fenecidos, de manera que su interposición únicamente permitirá, en principio, examinar si concurre alguna de las causas enumeradas anteriormente.

Del acto simple de comparación entre la declaración conceptual que antecede, con el precepto legal transcrito, podemos señalar que el limitar a que una sola parte del acto resolutivo de la determinación de la responsabilidad civil culposa, esto es la relacionada con la que se tramita vía glosa, sea susceptible de contradicción mediante la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, coarta y conculca varios derechos de las personas, como el que toda persona es igual ante la Ley; como el que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, sin embargo pueden ejercer este derecho solo los sujetos en contra de quienes se haya determinado responsabilidad civil culposa, vía glosa, los demás no tienen

acceso a defenderse en esta etapa del procedimiento; como el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, que parecería asomar inobservado en cuanto al acceso a la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, ya que determina que solo pueden ser escuchados en esta etapa del proceso los sujetos en contra de quienes se ha determinado una responsabilidad civil culposa, vía glosa; o como el derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido y replicar los de las otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; o el derecho a ser juzgado por una jueza o por un juez independiente, imparcial y competente, cuando es la propia Contraloría General del Estado la que determina la responsabilidad gubernamental, y es ésta la que decide a quien conceder el Recurso Extraordinario de Revisión y a quien no, y si la materia que les sirvió de fundamento para la determinación puede desvanecerse, aceptando la comisión de, al menos, error sustancial de derecho y que demandaría reparación.

Cuando se evidencia que en un acto administrativo del poder público ejecutado por medio de la Administración Pública, como el de las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado en la materia de determinación de responsabilidades gubernamentales ha sido expedido con evidente error de hecho o de derecho, el bloque normativo Constitucional y legal ecuatoriano, obliga al causante, entre otros deberes legales, a declarar la nulidad del acto viciado; sin embargo, en esta materia, el afectado debe interponer Recurso Extraordinario de Revisión para que sólo allí el Organismo Superior de Control Gubernamental, procede a calificarlo y, en el mejor de los casos, a concederlo, ya que no existe certeza alguna de que el Recurso Extraordinario de Revisión así esté legalmente fundado, merezca atención por parte de la Contraloría General del Estado.

Hemos de señalar también, que solo cuando aparece un documento no considerado en el transcurso de la evaluación gubernamental al tiempo de emitir la resolución de determinación de responsabilidades, podría concederse el Recurso Extraordinario de Revisión, que obliga a preguntarse, si la auditoría

consiste en un sistema integrado de auditoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores los recursos públicos como lo establece el inciso segundo del artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y, si como lo señala el Manual de Auditoría Gubernamental de la Contraloría General del Estado, que tal herramienta de verificación es técnica, realizada por auditores profesionales, con la utilización de parámetros, guías, políticas, procedimientos, de general aceptación, resulta impropio que la documentación de soporte de las operaciones administrativas y financieras institucionales analizada, y que ha servido de sustento para la determinación de la responsabilidad gubernamental, no haya sido completa, integral, y que tal acto negligente sea causal para la concesión del Recurso Extraordinario de Revisión, nos permite colegir que esta circunstancia real de impericia, impreparación, falta de profesionalismo, vulnera el derecho de la persona a que se establezca, inequívocamente, que los antecedentes de hecho sustentados en evidencia suficiente, competente y completa, tengan el nexo causal pertinente con la norma legal que se considera, a criterio de los servidores de la Contraloría General del Estado, ofendida por el Administrador, es decir, que en los actos de decisión de la Institución Contralora de la Administración Pública se encuentre debidamente motivados, y, así, se cautele la observancia al debido proceso a que tiene derecho toda persona en el Ecuador.

Es difícil encontrar en la práctica Recursos Extraordinarios de Revisión fundamentados en alguno de los motivos determinados en los numerales tercero y cuarto del artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y menos aún con éxito. En la causal tercera será preciso que medie la existencia de documentos o testimonios declarados falsos, que tal declaración se haya producido mediante sentencia judicial firme, y que en la resolución administrativa dictada hayan influido esencialmente tales documentos o testimonios declarados falsos. En la causal cuarta, se trata de que el acto sea en sí mismo constitutivo de infracción penal, y así haya sido declarado mediante sentencia judicial firme.

Debemos anotar también, siempre del acto de comparación que hemos propuesto, cuando la Contraloría General del Estado niega el otorgamiento del Recurso Extraordinario de Revisión, no habrá recurso alguno en la vía administrativa, pero, por este singular hecho, tampoco lo hay en la vía contencioso administrativa como lo señala el incido final del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, inobservando la obligación aplicativa de los derechos constitucionales que hacen referencia a que toda persona tiene derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento; pero no cuando se trata de la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión de las resolución de la Contraloría General del Estado que no han sido otorgados.

Como podemos apreciar, existen suficientes y sólidas argumentaciones legales y jurídicas por las cuales evidenciamos que las actuaciones de la Contraloría General del Estado en la materia se encontrarían en contraposición con varios preceptos, principios y derechos constitucionales.

3.2.2.3. Requisitos y Modo de Impugnación.

Los requisitos para la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, están contenidos en las disposiciones constantes en los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que básicamente establecen las causas o causales que motivarían la concesión del indicado recurso y el plazo para interponerlo, que es de sesenta días contado desde el día siguiente al de la notificación de la Responsabilidad Civil Culposa, vía Glosa, además de la correspondiente fundamentación.

Tales requisitos hacen relación a:

El Recurso Extraordinario de Revisión debe ser interpuesto respecto a la materia de responsabilidad civil culposa, tramitada por la Contraloría General

del Estado por medio de la glosa, como herramienta para la recuperación del perjuicio económico.

Para la concesión del Recurso Extraordinario de Revisión, debe el recurrente sustanciar y fundamentar los de hechos y los de derechos en forma motivada, es decir, acercando a los primeros las normas legales en los que apoya su reclamación, y, especialmente la pertinencia de su aplicación entre éstos.

Se sustentará la reclamación en una o más de las causales determinadas o establecidas por el citado artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es decir, deberá, alegarse si la resolución que se impugna ha sido expedida con evidente error de hecho o de derecho, de los documentos que constan en el propio expediente o de las disposiciones legales expresas; o cuando después de haber sido expedida la determinación de responsabilidad civil culposa, se tuviere conocimiento de la existencia de algún documento que en el proceso de auditoría no haya sido considerado por el equipo revisor, y que evidencie la inexistencia de perjuicio económico en contra del Estado, que en la práctica son las causales más utilizadas para la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, pues las restantes demandan la necesidad de que la prueba documental que ha servido de sustento para la determinación de la responsabilidad civil, vía glosa, sea declarada por juez competente falsos o nulos y que la sentencia se encuentre ejecutoriada, o que la intervención de los auditores gubernamentales de la Contraloría General del Estado en el proceso de control gubernamental y que orientó la indicada determinación de responsabilidad, haya sido demostrada judicialmente dolosa.

Se deberá indicar, además, que la casusa o materia de la impugnación de la responsabilidad civil culposa tramitada vía glosa, no se encuentra en conocimiento o hubiere sido resuelta por o en lo Contencioso Administrativo; o que la materia recurrida no se encuentra en trámite de resolución o ha sido resuelta por la justicia ordinaria en materia civil o penal; además de que desde la fecha de notificación de la resolución de determinación de la responsabilidad, no ha transcurrido más de sesenta días; y, finalmente, que el correspondiente

Recurso Extraordinario de Revisión está sustentado y cumple con el principio de legalidad así como debidamente fundamentado.

El Recurso Extraordinario de Revisión así estructurado debe ser presentado ante el Contralor General del Estado o ante el servidor del Organismo Superior de Control, reglamentariamente autorizado, tal condición legal la ostenta el Jefe de la Unidad de Recursos de Revisión de la Contraloría General del Estado. Por la materia recurrida, el Recurso Extraordinario de Revisión debe ser patrocinado por un Abogado.

El efecto inmediato a la calificación y otorgamiento del Recurso Extraordinario de Revisión, finca el hecho de que interrumpe los plazos de caducidad y de prescripción previstos en la Ley, pero también, suspende los efectos de la resolución original; por efectos de caducidad, que es la facultad que tiene la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y de los actos de las personas sujetas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, así como para determinar responsabilidades, caduca en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado las actividades o actos; para el caso, el efecto jurídico inmediato a la interposición del Recurso detiene el transcurrir legal del indicado plazo, manteniendo plenamente vigente a la facultad de la Contraloría General del Estado para emitir responsabilidades. En el caso de la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, el Organismo Superior de Control Gubernamental mantiene suspensas y vigentes su facultad para confirmar las responsabilidades recurridas a revisión.

Decimos también que la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto ante la Contraloría General del Estado interrumpe la prescripción de la facultad de ésta para hacer efectivos los efectos de la determinación de la responsabilidad, ya sea suspendiendo la emisión de títulos ejecutivos para perseguir la recuperación del perjuicio ocasionado a las entidades y organismos del Sector Público, o suspendiendo la acción de jurisdicción coactiva, interrumpiendo el transcurso del plazo establecido en el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado respecto a esta facultad,

y que es de diez años contado desde la fecha de la determinación confirmatoria de la responsabilidad civil culposa.

La interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, calificado y concedido por la Contraloría General del Estado y notificado mediante providencia, permite que la unidad administrativa específica del indicado organismo de control, Dirección de Recursos de Revisión, proceda a examinar los sustentos y fundamentos de hecho y de derecho en los que la Contraloría General del Estado a sustanciado la responsabilidad civil culposa tramitada a través de glosas, confrontándolos con los acercados por el sujeto de la indicada responsabilidad, a fin de determinar, en derecho, la razón jurídica de la determinación, o los sustentos para desvanecerla de manera total o en parte.

Una u otra, es decir, la confirmación o el desvanecimiento de la responsabilidad revisada, ha de ser notificada al o a los sujetos recurrentes para su ejecución.

La revisión obliga, en consecuencia, a que se examine si los sustentos de hecho y de derecho del recurrente, guardan conformidad con las causales previstas y ya desarrolladas en párrafos anteriores, y si la prueba aportada por éste es pertinente a la materia que alega, debiendo emitirse la correspondiente resolución, que confirme, revoque, modifique o sustituya la resolución original revisada, dentro del plazo de sesenta días, contado a partir de la fecha de la notificación de la concesión del Recurso Extraordinario de Revisión.

De la resolución del Recurso Extraordinario de Revisión debemos observar las posibles situaciones a darse:

- Que el recurso se inadmita, lo que implicaría no entrar en el examen de la procedencia o no del recurso y, por ende, tampoco en el fondo de la cuestión finalmente en debate;
- Que se admita a trámite y, consecuentemente, se analice si concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, estimándolo o desestimándolo.

- Finalmente, es posible también que de la estimación del Recurso Extraordinario de Revisión no se conozca jamás la resolución de la Contraloría General del Estado y esta incurra en el Silencio Administrativo Negativo, violentando los derechos de los administrados.

De ser el caso que se inadmita el Recurso Extraordinario de Revisión, la resolución de inadmisión debe ser motivada, lo que implicará necesariamente que se apoye en la legislación.

La administración tiene el deber de dar una respuesta completa al Recurso en los concretos términos en los que se haya formulado.

3.2.2.4. Justificación de existencia del Recurso Extraordinario de Revisión:

El Recurso Extraordinario de Revisión se creó para que evite que dentro de los límites propios de este tipo de recurso la permanencia en el mundo jurídico de resoluciones firmes contrarias a la legalidad, alcanzándose de esta manera también un mayor grado de justicia material. Su mantenimiento significa un beneficio del administrado, siempre y cuando tenga una correcta aplicación.

Su fundamento lo encontramos al suponer una excepción a los efectos típicos de la firmeza de los actos administrativos que es una proyección del principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

3.2.2.5. Finalidad del Recurso de Revisión:

Consideramos importante traer al presente trabajo de investigación y realizar un análisis de los derechos que el Estado garantiza a los ecuatorianos y que se encuentran enunciados en la Constitución de la República del Ecuador, y

que hacen relación al cumplimiento y observancia del debido proceso en la aplicación del Recurso Extraordinario de Revisión de las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado en la determinación de la Responsabilidad Civil Culposa, vía Glosa.

Art. 76.- Garantías básicas del derecho al debido proceso.- "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley.

Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aun con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". (Lexis, 2014).

La finalidad de los recursos, incluido del Recurso Extraordinario de Revisión es que se dé impugnar, solo que en vía no contenciosa, para dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado propósito fundado en motivos de indudable prudencia, ya que sería brindar la posibilidad a la Administración Pública de tomar conocimiento de los extremos en los que el particular sustenta su reclamación y evaluarlos para pronunciarse sobre su procedencia.

Todo recurso, también el de Revisión, tiende obviamente a la realización de la justicia.

3.3. El Silencio Administrativo.

Consideramos importante estudiar en forma particular, individualizándolo del contexto general y amplio del tema central de la presente investigación, en razón de la afectación jurídica y legal que en la materia afecta, sin duda alguna, al procedimiento del Recurso Extraordinario de Revisión, respecto al silencio administrativo.

El silencio administrativo es una condición jurídica en la que cae la administración pública mediante la cual se puede entender que el Recurso administrativo presentado ante la autoridad competente ha sido negado o aceptado por haberse producido la caducidad del tiempo para resolverlo.

La configuración tradicional del silencio administrativo respondía al siguiente esquema: El silencio administrativo positivo es productor de verdaderos actos administrativos cuya permanencia y respeto deben garantizarse en los mismo términos que si se tratara de un acto expreso. El silencio administrativo negativo, por el contrario, no generaba verdaderos actos administrativos, sino que era configurado como un instrumento productor de una ficción con el objetivo de permitir que el interesado, ante la falta de respuesta expresa por parte de la Administración, pudiera acceder finalmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En un principio la institución del silencio administrativo tenía como única finalidad evitar que la inactividad de la Administración ante la que se había formulado una solicitud, instancia, reclamación o recurso impidiera acudir a los órganos judiciales en demanda de justicia, como consecuencia del requisito del acto previo. El silencio administrativo disponía una ficción legal que permitía al interesado presumir desestimada a su petición los efectos de poder interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo en cada caso procedente.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 ordena que en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, entre los que se encuentran aquellas que nacen de la evaluación gubernamental y del ejercicio del control a la Administración Pública, y que aparecen como determinación de responsabilidades, se debe asegurar el derecho al debido proceso, que incluye la garantía a que nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento conforme lo establece el literal a) del numeral 7 de la señalada disposición constitucional.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, dispone que "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 la decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentada por los administrados. En todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido resuelta a favor del reclamante. Para el 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 aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere la resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 212[3] del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieran 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". (Lexis, 2014).

El artículo 115 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, también señala que la administración está, obligada a dictar

[3] El artículo 212 del Código Penal fue derogado con la publicación del Código Orgánico Integral Penal en el Registro Oficial 180 de 10 de Febrero de 2014.

resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea la forma, en el plazo máximo que corresponde al silencio administrativo, salvo el caso de los de los procedimientos iniciados de oficio en los cuales la resolución deberá ser expedida en sesenta días.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala que "las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo señalado en el artículo 212 de la Constitución de la República del Ecuador". (Fiel web, 2014).

De la exposición normativa claramente hemos de notar la existencia de una institución legal que produce efectos jurídicos contrarios al ordenamiento constitucional y legal, conocido como Silencio Administrativo Negativo, conforme opera con la interposición el Recursos Extraordinario de Revisión propuesto para ante la Contraloría General del Estado, que por la falta de contestación a la solicitud o pedido ha de considerarse como denegación tácita, acto contario al derecho de petición garantizado por la Constitución.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 señala que, "la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del 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". (Lexis, 2014). Por lo señalado consideramos la inexistencia jurídica del llamado silencio administrativo negativo, siéndoles de aplicación obligatoria

el ejercicio real del Derecho de Petición a toda persona, por parte de la Administración Pública en general, y por la Contraloría General del Estado, en particular.

CAPITULO IV

4. Conclusiones y Recomendaciones.

4.1. Conclusiones.

El Recurso Extraordinario de Revisión cuándo es interpuesto en la Contraloría General del Estado, carece de una correcta aplicación, ya que la falta de resolución y contestación por parte de la administración pública vulnera los derechos de los administrados, como por el ejemplo, el derecho que tienen a ser respondidos de manera clara y oportuna como lo establece la Constitución de la República del Ecuador.

En un Estado de derecho y justicia social las peticiones y solicitudes conforme a la ley no pueden quedar sin respuesta, y menos puede tolerarse la denegación de justicia.

Hemos establecido que El Silencio Administrativo, sea en sus aspectos negativo o positivo, tiene un valor jurídico que no se lo otorga la administración, sino la ley que es la principal fuente del derecho y que por lo tanto sanciona la inactividad o la morosidad de la administración.

Podemos de igual manera determinar con seguridad que el Silencio Administrativo es una presunción legal, una ficción que la ley establece a favor del administrado, ya que podemos establecer que al producirse el Silencio Administrativo nace un acto administrativo presunto.

El limitar a que una sola parte del acto resolutivo de la determinación de la responsabilidad civil culposa, esto es la relacionada con la que se tramita vía glosa, sea susceptible de contradicción mediante la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, conculca los derechos de las personas a la igualdad ante la Ley.

De idéntica manera excluye a los sujetos de la determinación de responsabilidades administrativas culposas y civiles culposas tramitadas por medio de la orden de reintegro, en menoscabo del derecho a no ser privado a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, sin embargo pueden ejercer este derecho solo los sujetos en contra de quienes se haya determinado una responsabilidad civil culposa, vía glosa, los demás sujetos no tienen acceso a defenderse en esta etapa del procedimiento.

Consideramos que también se lesiona el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, que parecería asomar inobservado en cuanto al acceso a la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, ya que como hemos evidenciado en el análisis de las disposiciones legales que norman la materia, solo pueden ser escuchados en esta etapa del proceso los sujetos en contra de quienes se ha determinado una responsabilidad civil culposa, vía glosa.

Como sucede en la efectiva aplicación del derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido y replicar los de las otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, que en esta instancia solo cautela este derecho a las personas en contra de quienes se ha determinado una responsabilidad civil culposa, vía glosa.

Hemos de reparar en la circunstancia real, que hace relación a que tanto la etapa de revisión de las operaciones administrativas y financieras institucionales de los recursos estatales; cuanto la de determinación de las responsabilidades así como la de resolución de la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión recaen y son conocidos, tramitados y resueltos por el mismo Contralor General del Estado, se infringe el derecho a ser juzgado por una jueza o por un juez independiente, imparcial y competente.

4.2. Recomendaciones.

1. Reformar la ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de manera que se incorpore un artículo el cual determine que a la falta de contestación al Recurso Extraordinario de Revisión planteado se deberá entenderlo como positivo para el administrado de tal forma que su solicitud sea acogida y pueda ser ejecutada de manera inmediata, ya que como podemos apreciar de nuestro estudio, existen suficientes y sólidas argumentaciones legales y jurídicas por las cuales evidenciamos que las actuaciones de la Contraloría General del Estado en la materia, se encontrarían en contraposición con varios preceptos, principios y derechos constitucionales. En concordancia con lo señalado por la Resolución No. 271-2001, R.O. 469, 7-XII-2001 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador que nos dice en su numeral tercero: "TERCERO.- Es evidente que el Art. 28 de la Ley de Modernización cambió el efecto del silencio administrativo de negativo a positivo, con carácter general aplicable a todos los casos. Y también no es menos cierto que, de acuerdo con lo que enseña la doctrina y está ratificado por la jurisprudencia, cualquier manifestación posterior de la administración luego de transcurrido el plazo para que opere el efecto del silencio administrativo positivo, no tiene trascendencia ni valor procesal alguno, ya que el silencio administrativo positivo crea un derecho autónomo cuya ejecución puede ser demandada por el solicitante. (Lexis, 2014).

2. El presente trabajo de titulación tiene como fin el análisis del Recurso Extraordinario de Revisión Aplicado al Trámite de Desvanecimiento de la Responsabilidad Civil Culposa por la Contraloría General del Estado; ya que él no observaría la garantía al debido proceso del que goza toda persona constitucionalmente en el Ecuador, a contrario sensu de lo que se creería. Por lo expuesto la necesidad de formar un cuerpo legal que recoja todos los recursos administrativos de forma general, para que estos no se encuentren dispersos y puedan tener una correcta aplicación, que guarde concordancia con la Constitución de la República del Ecuador es indispensable, para que los

derechos establecidos en esta sean respetados y aplicados, a más de logar que el Ecuador tenga un avance significativo en el campo del derecho administrativo, y pueda ser competitivo con el nivel alcanzado en este campo por países vecinos y de todo el mundo.

REFERENCIAS

Altamira, P. (2002). Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Ariosto. (1966), Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Bielsa, R. (1980). Derecho Administrativo. Buenos Aires. Argentina: J. Lajouane y cía.

Cabanellas, G. (1997). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.

Caldera, H. (1979). Manual de Derecho Administrativo. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Canasi, J. (1972). Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Buenos Aires.

Diccionario de la Lengua Española, (2014).

http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae

Diez, M. (1961). Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba.

Dromi, R. (2001). Derecho Administrativo. (4.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.

Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE). Decreto ejecutivo 1634, segundo suplemento, Registro Oficial No. 411, de 31 de marzo de 1994.

Eustoirgio, S. (2000). Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia: Derecho Colombiano.

Fiel web, (2014)

Recuperado cinco de enero del 2014.

http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=17588&Nombre=undefined&T=C%C3%B3digo%20Penal&Opcion=1&Buscar=1&Historico=0

Fiel web, (2014).

Recuperado cinco de enero del 2014.

http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=31&Nombre=undefined&T=Codigo%20Civil&Opcion=1&Buscar=1&Historico=0

Fiorini, B. (1995). Derecho Administrativo I. Buenos Aires. Argentina: Abeledo-Perrot.

Granja, N. (2002). Fundamento de Derecho Administrativo. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Gordillo, A. (2000). Tratado de Derecho Administrativo Tomo 2 La Defensa del Usuario y el Administrado. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

Giuliano, D. (1989). Teoría de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.

Fiel web, (2014).

Recuperado cinco de enero del 2014.

http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=6934&Nombre=undefined&T=Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20la%20Contraloria%20General%20del%20Estado&Opcion=1&Buscar=1&Historico=0

Larousse, (2014). http://www.larousse.es/

Lexis, (2014).

Recuperado cinco de enero del 2014.

http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&query=constitucion.

Lexis, (2014).

Recuperado cinco de enero del 2014.

http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-LEY_ORGANICA_DE_LA_CONTRALORIA_GENERAL_DEL_ESTADO&query=la%20Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20la%20Contralor%C3%ADa%20General%20del%20Estado

Lexis, 2014.

Recuperado cinco de enero del 2014.

Resolución No. 271-2001, R.O. 469, 7-XII-2001 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Kohler, E.L. (1976). La Teoría General del Derecho Administrativo. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Marienhoff, M. (2000). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Pérez, E. (2010). Manual de Derecho Administrativo. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Sayagues, E. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

Salvat, R. (1964) Derecho Civil Argentino, Parte General, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VII. Buenos Aires, Argentina.

Villanova, A. (1950). Elementos de Derecho Administrativo. Madrid, España: Imprenta Castellana.

Vasco, (1980).Utopía y Derecho. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica de España.

Zanobini, G. (1954). Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Arayú.

ANEXOS

Registro Oficial N° 24 -- viernes 16 de febrero del 2007.

N° 183-06

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, 1 de junio del 2006; las 11h53.

VISTOS (278-2003): José Jaime Brito Salamea interpone recurso de casación respecto de la sentencia de 23 de junio del 2003, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, dentro del juicio que sigue el recurrente contra la Ilustre Municipalidad del Cantón Cuenca, en la persona de sus representantes legales, Alcalde y Procurador Síndico; sentencia en la cual se declara sin lugar la demanda.- El recurso de casación se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 192 de la Constitución Política del Estado, y errónea interpretación del artículo 12 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial 144 de 18 de agosto del 2000, en cuanto a la reforma establecida al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.- Concedido el recurso y al haberse elevado el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento de la causa y, para resolver, formula las siguientes consideraciones: PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República la Ley de

Casación. SEGUNDO: En la tramitación del recurso se han observado todas las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez procesal. TERCERO: El actor, José Jaime Brito Salamea presta sus servicios en la Municipalidad de Cuenca, en el Departamento de Bodega General, como contador público e ingeniero comercial en las funciones de registro y control de activos fijos, balances mensuales, traspasos de bienes entre departamentos,

informes de adquisición de repuestos para equipos pesados, entre otras actividades referidas a sus títulos profesionales, en virtud de lo cual acude a la vía judicial y demanda se le ubique en el nivel 4 de la nomenclatura jerárquica de los servidores municipales, de conformidad con el Reglamento para la clasificación del personal municipal, nomenclatura y régimen remunerativo de la Municipalidad de Cuenca, como efecto del silencio administrativo que se ha producido por la falta de contestación al reclamo que el accionante presentó ante el Alcalde. Solicita se declare el efecto positivo del silencio administrativo, y, por tanto, se tenga por aceptada su pretensión, que implica, también, el pago con efecto retroactivo, desde el año 2002, de los beneficios económicos que le corresponden según la clasificación jerárquica de nivel 4. CUARTO: De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Modernización del Estado: 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; el efecto positivo del silencio administrativo genera un acto administrativo presunto, afirmativo al interés de quien promovió un reclamo o solicitud. Para abundar, en relación con los efectos de esta institución jurídica, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en fallos de triple reiteración, ha expresado que: "es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y jurisprudencias universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando esta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que 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 , (Resolución N° 32197, en el juicio seguido por Agip-Ecuador S. A. contra el Ministerio de Energía y Minas; en la Resolución N° 195-99, dentro del juicio No. 168-98, y en la Resolución N° 217-99, dentro del juicio N° 169-98, publicadas en la Gaceta Judicial correspondiente a mayo-agosto de 1999, Serie XVI N° 15); b) En

cuanto a 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 ésta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que la petición aprobada por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que el objeto de petitorio no sufra afectación por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la solicitud o reclamo. Es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que recogía la doctrina francesa de la decisión ejecutoria previa, era condición indispensable para proponer un recurso en la vía contencioso administrativa que se haya dictado previamente un acto administrativo en el que se negaban las pretensiones del actor. Tal limitación evidentemente desapareció con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, cuyo artículo 38 dispone: Los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, por lo cual, los tribunales distritales tienen plenitud de competencia para conocer de las acciones dirigidas a efectos de obtener el cumplimiento de los derechos adquiridos mediante el silencio administrativo. QUINTO: En la especie, el Tribunal ad quem rechazó la demanda propuesta por José Jaime Brito Salamea, pues, sus integrantes consideraron que el accionante "omite acompañar a la presente acción o solicitar dentro del término respectivo, el certificado a que hace referencia, el agregado del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, requisito ineludible para demostrar que se (sic) operó el silencio administrativo, razón por la que no demostrándose mediante el documento público señalado en dicho artículo, vuelve improcedente la presente demanda. En el escrito de interposición y fundamentación del recurso de casación, el actor contradice dicho argumento, y afirma que: El Espíritu del agregado al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, en cuanto a la exigencia de la certificación de Autoridad Pública de que ha operado el silencio administrativo, en ningún caso debe ser tomando en cuenta como la única

forma de probar que ha operado el silencio administrativo y acusa la infracción del artículo 192 de la Constitución Política de la República, norma suprema del Estado, a la cual han de ajustarse todas las normas secundarias y las actuaciones de la autoridad pública y de los ciudadanos. La afirmación de que se está desconociendo un mandato constitucional impone revisar con especial detenimiento ese enunciado, pues, de ser fundada la acusación, todo lo actuado quedaría sin valor ni eficacia alguna. Al respecto, la Sala formula las siguientes consideraciones: a) El artículo 192 de la Carta Suprema dice: El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades; b) De conformidad con las reformas del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado 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 [aquél que es necesario para que se produzca el silencio administrativo y que por regla general es de quince días], 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 le correspondan (lo que está entre paréntesis es de la Sala). Tanto del texto que habla de la obtención, por este medio, de un instrumento público a favor del accionante, como de la doctrina, que remonta el origen de esta disposición a la ley española, se aprecia que la obtención de esta certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino, al contrario, un procedimiento para darle viabilidad. El interesado tiene la facultad de utilizar a la administración para la petición de esta certificación o instrumento público y de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su Distrito, para que, por intermedio de éste, se solicite la certificación tantas veces aludida a la autoridad competente, y para que en el caso de no obtener respuesta favorable en un primer momento, se exija, por

intermedio del Tribunal, la certificación requerida, bajo apercibimiento que de no hacerlo se tendría por concedida la certificación. De esta manera, se aplica el mandato constitucional de no sacrificar la justicia por omisión de una formalidad. SEXTO: Pero si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no desaparece el efecto del silencio administrativo, sino que, en tal caso, se probará dentro del juicio, que ocurrió el vencimiento del plazo sin que se haya dado respuesta a la solicitud o reclamo planteado, situación que, desde luego, modifica la regla general señalada, en el sentido de que producido el silencio a lugar a demandar la ejecución del derecho así obtenido, mediante una controversia de puro derecho, pero en este trámite que tendrá prueba en tal caso, no sería materia de la misma la justificación del derecho adquirido por el silencio administrativo.- Consta de autos que el actor dedujo la correspondiente solicitud ante el funcionario competente de la 1. Municipalidad de Cuenca, pretendiendo que se le asigne una categorización distinta de la que actualmente tiene de conformidad con la norma establecida en la reforma y codificación del Reglamento para la Clasificación del Personal Municipal, Nomenclatura y Régimen Remunerativo, expedida el 30 de abril del 2001. La aprobación de la solicitud por parte de la autoridad, de haber ocurrido aquello, no habría estado viciado de nulidad absoluta y, en consecuencia, es evidente que el silencio administrativo causó pleno efecto; podría ocurrir, conforme alega la entidad edilicia, que una aprobación en tal sentido sería contraria a las normas reglamentarias por no reunir el solicitante las condiciones exigidas en el reglamento; mas tal circunstancia no vicia de nulidad una resolución en la que se hubiere aceptado la petición, sino de ilegalidad, que bien pudo evitarse, dando oportuna contestación al pedimento, al negarlo por tal razón, o recurriendo a un recurso de lesividad, en caso de haberse concedido; para que tal concesión declarada ilegal no surta efecto. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el silencio administrativo en el caso originó la aprobación de lo solicitado por el accionante. Sin que sean necesarias otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA

REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia, se acepta la demanda y se dispone que la autoridad municipal ubique a José Jaime Brito Salamea en el nivel cuatro de la nueva clasificación establecida por la reforma y codificación del Reglamento para la Clasificación del Personal Municipal, Nomenclatura y Régimen Remunerativo, expedida el 30 de abril del 2001, con los efectos legales correspondientes y, así mismo, que se proceda a liquidar las diferencias de las remuneraciones no pagadas al actor que corresponden al nivel cuatro, con carácter retroactivo no mayor de tres meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud, en la cual se reclamó esta nueva ubicación. Se deja a salvo el derecho de la Municipalidad para que, si fuere del caso, declare la lesividad y ejerza la acción contencioso administrativa.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Ores. Hernán Salgado Pesantes, Marco Antonio Guzmán Carrasco y Jorge Endara Moncayo, Magistrados.

Certifico.- f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Razón: En esta fecha, a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, a José Brito Salamea, en el casillero judicial No. 1141; al Alcalde y Procurador Síndico de la Municipalidad de Cuenca, en el casillero judicial N° 36; y Procurador General del Estado, en el casillero judicial N° 1200.-Quito, a 1° de junio del 2006.

f.) La Secretaria.

Razón: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución N° 183/06 dentro del juicio que José

Brito Salamea contra la Municipalidad de Cuenca.- Certifico.-Quito, a 19 de julio del 2006.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Anexo 2:

- 13-IX-2001 (Resolución No. 271-2001, R.O. 469, 7-XII-2001)

- SILENCIO ADMINISTRATIVO: Efecto negativo

- PREVALENCIA DE LEYES ORGÁNICAS

- RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA

"VISTOS: (211-00): El Dr. A. C., interpone recurso de casación (...) contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo (...), la cual declara con lugar la demanda presentada por J. A. y J. L. El recurso se funda en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación y aduce que en la sentencia recurrida existe aplicación indebida del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; falta de aplicación de los Arts. 332, 335 y 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; así como de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenidos en el inciso segundo del Art. 119 del Código de Procedimiento Civil. Concedido el recurso y habiéndose concluido el término previsto en la Ley de Casación, esta Sala, para resolver lo pertinente considera: ...

SEGUNDO.- Se sostiene en la sentencia impugnada que disponiendo el Art. 335 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que toda resolución que no cumpliere los requisitos señalados en los artículos anteriores, la cual en el caso consiste en haber sido expedida a más de ciento ochenta días a partir de la presentación de los documentos justificativos de la glosa, adolece de una imperfección legal que debe considerarse como denegación tácita de las alegaciones de los accionantes y que por tanto confirman la glosa; pero que desde la vigencia del Art. 28 de la Ley de

Modernización del Estado, la misma que es de carácter especial y que prevalece sobre cualquier otra que se le opusiere, el silencio en más de ciento ochenta días para emitir la resolución que confirma en parte la glosa debe tenerse como aprobación de lo solicitado, y por lo tanto resuelta a favor del reclamante (numeral octavo).

TERCERO.- Es evidente que el Art. 28 de la Ley de Modernización cambió el efecto del silencio administrativo de negativo a positivo, con carácter general aplicable a todos los casos. Y también no es menos cierto que, de acuerdo con lo que enseña la doctrina y está ratificado por la jurisprudencia, cualquier manifestación posterior de la administración luego de transcurrido el plazo para que opere el efecto del silencio administrativo positivo, no tiene trascendencia ni valor procesal alguno, ya que el silencio administrativo positivo crea un derecho autónomo cuya ejecución puede ser demandada por el solicitante. Ahora bien, el Art. 335 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, establece expresamente que: 'Las resoluciones sobre glosas se expedirán en el plazo de ciento ochenta días contados desde el día hábil siguiente al de la notificación respectiva'; y si bien es cierto, de acuerdo al Art. 336 del mismo cuerpo legal que, si dichas resoluciones no cumplieren los requisitos señalados en los artículos anteriores, o no se expidieren o notificaren en el plazo señalado, los interesados podrán considerar este hecho como denegación tácita de sus alegaciones y, consiguientemente, como confirmación de las glosas, pudiendo en tal caso interponer la acción que corresponda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; ocurre que esta norma procedimental no es la única en la materia, pues el Art. 353 del mismo cuerpo legal en el inciso tercero dispone que: 'Si notificadas las glosas, no se notificare la resolución respectiva dentro de los cinco años posteriores a la notificación de las glosas, se entenderá también caducada la facultad del Contralor para dictar resoluciones sobre tales glosas, que se tendrán en consecuencia como inexistentes.'. De las anteriores transcripciones, aparece con claridad que ha querido la ley, en mérito de la economía procesal, conceder al administrado la

facultad para poder reclamar en vía contencioso administrativa, lo que no se ha resuelto en sede administrativa luego de transcurridos ciento ochenta días de presentadas sus justificaciones de glosas, pero sin que esta facultad enerve o destruya la que tiene por su parte el Contralor para pronunciarse estableciendo cargos sobre glosas notificadas hasta cinco años después de tal notificación, situación esta que es perfectamente concordante en tratándose del efecto negativo del silencio administrativo, pero que se torna absolutamente contradictoria si se pretende dar efecto positivo al silencio del Contralor, pues en tal caso no sólo que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado habría cambiado el efecto del Art. 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, sino que también habría dejado sin efecto la disposición contenida en el Art. 335 de la ley, efecto este último, que por más especial que fueren las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado, constituiría la más extensiva de las interpretaciones de una norma legal, interpretación extensiva que está expresamente prohibida en tratándose de normas de derecho público, naturaleza esencial tanto de la Ley de Modernización como de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Por consiguiente ha de admitirse que no puede aceptarse por lógica jurídica que se ha cambiado el efecto de la disposición del Art. 336 por el precepto contenido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

CUARTO.- Además es verdad que el Art. 143 de la Constitución Política del Estado que en su inciso segundo dispone que: ‘Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella ni siquiera a título de ley especial’ y la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control como su nombre lo indica tiene ese carácter. La disposición transitoria vigésima segunda de la Constitución dispone que el Congreso Nacional, en el plazo de seis meses, determinará las leyes vigentes que tengan la calidad de orgánicas, atribución que con fecha 13 de febrero del 2001 ha sido utilizada por el Congreso Nacional, mediante resolución en la cual, ratificando lo constante en su nombre, resuelve que por la materia de que trata la LOAFYC tiene este

indudable carácter de orgánica, por lo que de acuerdo con la normatividad constitucional, sus disposiciones prevalecerían sobre las normas especiales de la Ley de Modernización del Estado.

QUINTO.- Lo anterior nos lleva a la evidente conclusión de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo omitió considerar lo preceptuado en los artículos 143 de la Constitución Política del Estado y 353 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, lo que evidentemente da fundamento al recurso permitiendo a la Sala entrar a conocer y resolver sobre el contenido de la sentencia, para dictar la que en su lugar corresponda.

SEXTO.- Examinados los antecedentes que obran de autos, aparece que en la Resolución DIRES 851 de 26 de noviembre de 1997, se establecieron los cargos en contra de los recurrentes los cuales son objeto de la impugnación de esta causa, señalándose como el fundamento del primer cargo en estos términos: '...por cuanto como autoridades municipales no exigieron el cumplimiento de su totalidad de las disposiciones constantes en la ordenanza municipal de 30 de septiembre de 1992, para que la Empresa Eléctrica de MANABÍ EMELMANABÍ, remita a la Dirección Financiera del Municipio de Manta, los correspondientes listados de distribución de la facturación en forma trimestral o mensual con el detalle de lo recaudado por concepto de la tasa de recolección de basura, situación que no permitió a los funcionarios de la Municipalidad, comprobar, liquidar y efectuar los reclamos en forma documentada y oportuna a EMELMANABÍ, incumpliendo la disposición del artículo sexto de la referida ordenanza; así como la autorización y en la suscripción de los convenios con EMELMANABÍ, sin proteger los derechos de la Municipalidad, causando a la misma perjuicio por el valor materia de la glosa' (...). En base de tales fundamentos se confirma una glosa solidaria de S/. 487'123.910,00 en contra del Alcalde, los concejales y el Procurador Síndico de la Municipalidad.

SÉPTIMO.- El Art. 6 de la Ordenanza Municipal de 30 de septiembre de 1992, publicada en el Registro Oficial No. 71 de 23 de noviembre del mismo año, textualmente dispone: 'BASE IMPONIBLE Y TARIFA: La base imponible para la determinación de la tasa es el 10% mensual del monto total que los usuarios del servicio eléctrico deberán satisfacer mensualmente a la Empresa Eléctrica, EMELMANABÍ. La Empresa Eléctrica EMELMANABÍ, será el agente de retención del Municipio de Manta de los valores que por concepto de recaudación se cobrasen, dinero este que deberá ser depositado a más tardar el día quince de cada mes en el Banco Central de la ciudad de Manta en la cuenta de la Municipalidad de este cantón, debiendo el mismo día entregarse al Tesorero Municipal el comprobante sellado del depósito efectuado. Igualmente la Empresa Eléctrica EMELMANABÍ, mensualmente remitirá a la Dirección Financiera del Municipio de Manta los diferentes listados de distribución de la facturación por bloques de consumo trimestralmente el detalle total de lo recaudado por concepto de esta Tasa'. Del texto transcrito aparece la obligatoriedad del agente de retención EMELMANABÍ a más de efectuar el depósito enviar el comprobante así como los diferentes listados de distribución de la facturación por bloques de consumo trimestralmente.

OCTAVO.- Por otra parte el Art. 40, numerales 6 y 7 de la Ley de Régimen Municipal establece que son deberes de los concejales: 'Contribuir a la defensa de los bienes y recursos municipales y al incremento de los mismos'; y, 'Coadyuvar celosamente al cabal cumplimiento de los fmes y funciones municipales'; adicionalmente, el numeral 2 del Art. 41 de la ley ibídem, establece que son atribuciones de los concejales: 2.-'Solicitar por escrito de cualquier dependencia municipal, previo conocimiento del Alcalde, los informes que estime necesarios para cumplir su cometido'; en tanto que el Art. 181, inciso tercero del mismo cuerpo legal preceptúa que: 'La Dirección Financiera será responsable por las actividades de programación, preparación, ejecución, control y liquidación del presupuesto; verificación, liquidación y administración

de los ingresos, recaudación, custodia y desembolso de los fondos; contabilización de las cuentas generales de la Municipalidad, adquisición, almacenaje, custodia y distribución de los bienes muebles y administración de propiedades municipales.'. Esta disposición guarda relación con las normas constantes en los artículos 359 y siguientes de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que habla de los 'Deberes, Atribuciones y Sanciones a las entidades y organismos del Sector Público; es así como los incisos tercero y cuarto del Art. 359, determinan que: 'Cada entidad y organismo del sector público responde por su administración financiera, su contabilidad, el establecimiento y conservación de una auditoría interna y la colaboración con los auditores externos, con arreglo a las disposiciones de esta Ley'. 'Responde, además, por el establecimiento de su propia política de control interno y por la incorporación, dentro de sus sistemas administrativos y financieros, de los métodos y procedimientos indispensables para el efecto.'. Estas normas son ratificadas y ampliadas en los Arts. 361, 362, 363 y 364 de la LOAFYC, que habla de las funciones, obligaciones y responsabilidades de la máxima autoridad de cada entidad; del Jefe Financiero, de la Unidad de Contabilidad, para concluir en la norma del Art. 365 ibídem, que dispone que: 'El personal de la unidad de contabilidad es responsable del cumplimiento de sus deberes y funciones con el máximo grado de eficiencia y ética profesional, de acuerdo con las normas establecidas para el efecto.'. Complementariamente, es necesario remitirse a la norma constante en el número dos del Art. 72 de la Ley de Régimen Municipal, que manifiesta que son deberes y atribuciones del Alcalde, entre otros: 'Representar, junto con el Procurador Síndico Municipal, judicial y extrajudicialmente, a la Municipalidad'. Por su parte, el Reglamento de Responsabilidades expedido por la Contraloría General del Estado, en el Art. 5 manda que: 'Será principal de responsabilidad cuando el sujeto de la misma esté obligado, en primer término, a dar, hacer o no hacer una cosa, por causa de la determinación de la responsabilidad...'; y el Art. 6 del mismo reglamento establece que: 'Será directa la responsabilidad cuanto recaiga inmediatamente sobre la persona, y solidaria cuando recaiga in sólidum sobre dos o más, con arreglo a lo que establecen los artículos 327 y

328, segundo inciso, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control', artículos estos de la LOAFYC, que se refieren a la responsabilidad directa de los funcionarios que tengan a su cargo los sistemas de administración financiera.

NOVENO.- De las disposiciones antes transcritas aparece evidente la obligación directa de la Dirección Financiera para controlar y exigir en el caso a EMELMANABÍ, la entrega de los valores y de los documentos de soporte respecto de la recaudación de la tasa de basura. Es evidente que si esta dirección no logra por su cuenta la obtención de esos documentos deberá solicitarlos expresamente al Alcalde, el cual, por tal requerimiento, podrá realizar las gestiones administrativas o judiciales, en este último caso con la colaboración del Síndico para la obtención de los documentos no entregados o en su defecto el control de los recursos recaudados por el agente de retención. En cuanto al Procurador Síndico Municipal también es evidente su responsabilidad en adoptar las medidas pertinentes para lograr la obtención de los documentos o en su lugar de las fuentes de información para el establecimiento de los valores recaudados, desde luego siempre que la Dirección Financiera hubiera dado cumplimiento a la obligación de hacer conocer al Alcalde y que éste le hubiera comunicado al Síndico del incumplimiento por parte de EMELMANABÍ. Pero quizá lo importante es establecer el tipo de responsabilidad que de conformidad con la ley tienen concretamente para el caso, los concejales. Cierto es que el Reglamento de Responsabilidades en el numeral cuarto del Art. 10 dice que la omisión culposa se equipara con la culpa leve del Código Civil, consistente en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, no puede generar responsabilidad penal, sino administrativa o civil, o ambas a un tiempo; pero también no es menos cierto que el segundo inciso del Art. 9 del mismo reglamento, dispone que se identificarán a uno o más sujetos de la responsabilidad por acción cuando se establezca que un acto o hecho les es imputable, por la ley o por las circunstancias que rodean el acto o hecho,

pudiendo distinguirse categorías de responsabilidad, según el grado de imputabilidad en cada caso. Aplicando estas disposiciones tenemos que admitir que de pronto aparece como primer responsable del cumplimiento de las disposiciones de la ordenanza para el cobro de la tasa, la Dirección Financiera y sólo en forma subsidiaria cuando se han cumplido los condicionamientos ya señalados por el Alcalde y Procurador Síndico. Por otra, parte, la responsabilidad civil entraña, a más del perjuicio causado a la entidad, el beneficio que tal perjuicio haya originado a un particular. Muchos doctrinarios enseñan que si el beneficio originado en perjuicio de una entidad pública favorece a otra entidad pública, lo que a lugar no es otra cosa que un proceso interno que permita la recaudación por parte de la afectada y la entrega por parte de la indebidamente beneficiaria: más en tal caso de ninguna manera se podría considerar que la persona responsable por omisión de tal perjuicio a una entidad pública que ha beneficiado a otra de la misma naturaleza pueda tener responsabilidad civil, por evidente que sea su responsabilidad administrativa.

DÉCIMO.- De lo expuesto en las normas transcritas y referidas anteriormente, se establece que los actores, en su calidad de concejales de la Corporación Municipal de Manta, no tuvieron responsabilidad directa que amerite o justifique se establezca una responsabilidad de carácter civil como la que la Contraloría establece en la Resolución - DIRES 851 de 26 de noviembre de 1997, que se impugna. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida y se acepta parcialmente la demanda, declarándose ilegal y en consecuencia sin ningún efecto la Resolución No. DIRES-851 de fecha 26 de noviembre de 1997 emitida por el Jefe de resoluciones a nombre del Contralor General del Estado en cuanto establece responsabilidad civil solidaria y el correspondiente cargo en contra de los concejales J. A. y J. L., por un valor de S/. 487’123.910,00. ...”

OFICIO **Nº : 08065 - DRR**

Sección: Dirección de Recursos de Revisión

Asunto: Se atiende comunicación

Quito DM, 14 MAR 2014

Señor
Ricardo Camacho E.
Facultad de Jurisprudencia
Universidad de las Américas
Ciudad

En referencia a la solicitud de información realizada con fecha 27 de Enero de 2014, manifiesto:

La Dirección de Recursos de Revisión, como tal, inició sus actividades el 01 de noviembre de 2012, fecha a partir de la cual ésta Dirección cuenta con estadísticas propias.

-Con relación a la pregunta número 1 y 2

ACTIVIDADES 2013	**PARCIAL**	**TOTAL**
Total de Resoluciones emitidas		210
Ingresos de Solicitudes de Recursos de Revisión y Otros 335		
1 Concesiones de recurso de revisión	100	
2 Negativa del recurso de revisión	99	
3 Oficios contestando que se encuentra agotada la vía administrativa, impugnados y contestados	136	
Total solicitudes atendidas en el 2013		335

Es preciso aclarar que se tramitaron 199 solicitudes de Recurso de Revisión remitidas para trámite de la Dirección de Recursos de Revisión, sin que podamos establecer en ésta Dirección el porcentaje respecto a la determinación de las responsabilidades civiles culposas emitidas por la Contraloría General del Estado.

En el año 2013 se emitieron 210 resoluciones, de las cuales las resoluciones recurridas que han desvanecido en su totalidad las responsabilidades civiles son 90. Las resoluciones que han sido parcialmente desvanecidas alcanzan la suma de 81.

En relación con el punto cuatro de su consulta debo aclarar que esta Dirección contesta todas las comunicaciones ingresadas, razón por la cual no es aplicable la denegación tácita prevista en los artículos 71, inciso segundo, 85 inciso primero de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 38 inciso tercero del Reglamento a la Ley ibídem.

Atentamente,
Dios, Patria y Libertad
Por el Contralor General del Estado,

Dr. Leonardo Alvarado Peña
Director de Recursos de Revisión