



Examen especial por el ente de control

Special examination by the control entity

Exame especial pela entidade de controle

Patricia de los Ángeles Freire-Sánchez ^I
patricia-freire94@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0000-9202-8964>

Nelson Fernando Rojas-Barros ^{II}
nelson.rojasbar@ug.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-9007-05092>

Emilio José Triviño-Veintimilla ^{III}
emiliotrivinov@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0007-6100-7221>

Correspondencia: patricia-freire94@hotmail.com

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 30 de noviembre de 2023 * **Aceptado:** 28 de diciembre de 2023 * **Publicado:** 23 de enero de 2024

- I. Universidad de Guayaquil, Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Ecuador.
- II. Universidad Técnica Particular de Loja, Magíster en Derecho Penal Mención en Derecho Procesal Penal, Universidad Técnica Particular de Loja, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, Universidad Técnica Particular de Loja, Abogado, Ecuador.
- III. Universidad Tecnológica Ecotec, Magíster En Derecho Procesal, Universidad Tecnológica Ecotec, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica Énfasis Gobernabilidad y Gerencia Política, Ecuador.

Resumen

Este artículo científico aborda la manifestación de la actividad estatal a través de actos y contratos administrativos, resaltando la importancia de la revisión por entes de control como la Contraloría. Se destaca la evolución normativa en la fiscalización de contratos estatales, subrayando cambios en el proceso de aprobación y auditorías. Se enfatiza la necesidad de proteger el erario estatal mediante la revisión de la diligencia de funcionarios y la correcta utilización de recursos. El texto examina la repercusión de la actividad de control en los particulares, especialmente cuando los límites estatales son perentorios. Se propone mejorar la situación identificando casos recurrentes y sugiriendo enfoques mejorados. Importancia de la supervisión por parte del ente de control (Contraloría General del Estado).

Palabras claves: control; ente; recursos estatales; normativa; repercusión.

Abstract

This scientific article addresses the manifestation of state activity through administrative acts and contracts, highlighting the importance of review by control entities such as the Comptroller's Office. The regulatory evolution in the supervision of state contracts is highlighted, highlighting changes in the approval and auditing process. The need to protect the state treasury is emphasized by reviewing the diligence of officials and the correct use of resources. The text examines the impact of control activity on individuals, especially when state limits are peremptory. It is proposed to improve the situation by identifying recurring cases and suggesting improved approaches. Importance of supervision by the control entity (State Comptroller General).

Keywords: control; entity; state resources; normative; repercussion.

Resumo

Este artigo científico aborda a manifestação da atividade estatal por meio de atos administrativos e contratos, destacando a importância da revisão por parte dos órgãos de controle como a Controladoria-Geral. Destaca-se a evolução regulatória na fiscalização dos contratos estatais, destacando-se alterações no processo de aprovação e auditoria. A necessidade de proteger o tesouro do Estado é enfatizada através da revisão da diligência dos funcionários e do uso correto dos recursos. O texto examina o impacto da atividade de controle sobre os indivíduos, especialmente

quando os limites estatais são peremptórios. Propõe-se melhorar a situação através da identificação de casos recorrentes e da sugestão de abordagens melhoradas. Importância da fiscalização por parte do órgão de controle (Controladoria-Geral do Estado).

Palavras-chave: controle; entidade; recursos estatais; normativo; repercussão.

Introducción

La actividad del Estado se manifiesta por los actos y contratos administrativos, en todas sus facetas, la revisión de los actos de la administración, se devenga de la potestad de control y auto vigilancia de los mismos. La normativa administrativa establece la existencia de los entes de control, como lo son las Superintendencias, Intendencias y en el caso que nos supone, las entidades de control de entes públicos, como lo es la Contraloría. La principal función del control administrativo, es la revisión de la debida diligencia de los funcionarios, de la correcta utilización de los recursos y el correcto seguimiento de los procedimientos.

Busca la protección del bien jurídico del erario estatal, su correcto manejo y funcionamiento. La fiscalización de la Contraloría ha tenido diversas facetas en nuestro ordenamiento jurídico, como recordamos, la antigua Ley de Contratación Pública determinaba que para la aprobación de los contratos estatales era necesaria un informe previo del ente de control y de la procuraduría, esto no sucedía en con la Ley Nacional de Contratación Publica donde se maneja un control posterior con las auditorias de gestión y los exámenes especiales a los contratos estatales, el sistema volvió a cambiar y en la actualidad de acuerdo a la Reforma del Código Orgánico Integral Penal, es la Contraloría General del Estado quien debe emitir el Informe de Pertinente previo a contratación. Este control que inicialmente se da en los entes del sector público y se extiende a aquellos entes privados que manejan recursos estatales, sigue siendo una actividad estatal, y como tal sometida al imperio de la ley y del derecho.

El motivo y fundamento es el de determinar qué actuaciones de la Contraloría General del Estado pueden terminar convirtiéndose en flagrantes violaciones a los derechos de los entes y sujetos bajo revisión, buscaremos establecer cuáles son los casos que más se repiten y procederemos a dar una propuesta para una mejoría de esta situación. El ejercicio de la potestad estatal de control y fiscalización es una potestad de naturaleza reglada, es decir que la normativa regulara el proceso de control de las actividades a revisarse, no dependerá del arbitrio del funcionario el cómo proceder.

La repercusión de la actividad de control sobre los particulares es muy importante, en especial cuando los límites de la actuación estatal son de carácter perentorio, se dan casos en que legalmente la potestad se ejerza de manera extemporánea, lo que le resta la validez al proceso de revisión.

Los procesos de exámenes especiales a los contratos, la emisión de sanciones administrativas culposas, sanciones civiles culposas: glosas, Ordenes de Reintegro e incluso los Indicios de Responsabilidad Penal, serán contrastados en los tiempos y plazos que las leyes determinan y haremos un análisis sobre las acciones que pueden interponerse en contra de este tipo de actos administrativos, considerándolos un abuso al ordenamiento jurídico actual.

El estado y sus manifestaciones de voluntad

El Estado como ente orgánico, tiene diversas facetas y roles, tratadistas como Garrido Falla señala que el Estado es ente de policía, de fomento, de administración y de Control. El modo que el mismo se manifiesta es por medio de los denominados actos administrativos y contratos administrativos (Garrido Falla , 1992).

El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) establece un concepto de acto administrativo en su artículo sesenta y cinco, definiéndolo como “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la Función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

El mismo cuerpo legal nos da una definición de **LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**, “**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**. - Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.

Son estas manifestaciones de voluntad estatal que producen efectos en el mundo real, las que como lo vimos deben cumplir con formalidades y finalidades específicas, por ejemplo tomemos los casos de los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual en su articulado determina las cláusulas obligatorias para su validez: Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

De acuerdo a la doctrina administrativa existen varias calificaciones del acto administrativo, tomemos la definición de Garrido Falla como ejemplo:

Por su extensión. - En concretos y generales, un acto general es un reglamento, una ordenanza, que es de aplicación colectiva a varios administrados. Un acto concreto, por ejemplo, es el otorgamiento de un permiso de funcionamiento a un sujeto específico

Por razón del tipo de facultades ejercitadas: Reglados y discrecionales. No existen actos totalmente discrecionales ni totalmente reglados, toda actuación de la administración debe nacer de la ley, y todo acto por más reglado que pueda ser, siempre tendrá un elemento humano para su ejecución.

Actos unilaterales y Plurilaterales: El primero es el tradicional acto administrativo, el segundo es el ya revisado contrato administrativo, en el primero solo se toma en cuenta la voluntad de la administración, el segundo se involucra el consentimiento y participación de otro sujeto.

Actos de mero trámite y actos resolutivos. - Los primeros forman parte de un proceso administrativos, los segundos ponen fin a la vía administrativa, creando situaciones jurídicas especiales sobre un particular.

A su vez, todo acto administrativo tiene elemento constitutivo independiente de su tipo o calificación:

1. Debe ser emitido por autoridad competente en ejercicio de sus funciones;
2. Debe ser emitido sin vicios de consentimiento; y,
3. Debe ajustarse al ordenamiento jurídico vigente al momento de su expedición.

Es por este motivo que la propia administración debe proceder a la revisión de sus actos, la creación de organismos de Control es un proceso normal y propio del desarrollo del derecho administrativo.

La contraloría general del estado y sus funciones

El acto administrativo y los contratos administrativos, son la manifestación física de la voluntad del Estado, por ende, sujeto a la Constitución y las Leyes. La discrecionalidad es la excepción, es decir que todo acto administrativo debe estar fundamentado en su fondo en la ley en este sentido empezaremos por aplicar el método Kelseniano de análisis normativo. Sobre la contraloría la constitución del 2008 expresa:

Sección tercera

Contraloría General del Estado Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los

objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Sus funciones de acuerdo a la máxima norma son:

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

- 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.*
- 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.*
- 3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.*

Esto se ve ampliado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que en su artículo primero señala:

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

Conforme lo expuesto, existen dos tipos de control, el externo y el interno, y a su vez del resultado de estas actividades, se desprende la imputación de responsabilidades a los funcionarios o sujetos involucrados, revisemos un poco este tema, tal como lo señala Garrido Falla la actividad de control es una actividad propia de la administración, el mismo puede ser un auto control cuando nace de la propia administración, o un control externo cuando viene de otro ente ajeno a la administración, puede ser anterior concomitante o posterior, es anterior cuando se ejecuta antes de la decisión administrativa y forma parte de la voluntad de la administración, como lo citamos, este tipo de control existía en la antigua ley de contratación pública. Es concomitante cuando se realiza en el momento de la manifestación de la voluntad administrativa y posterior cuando es un acto de revisión.

De acuerdo a la doctrina administrativa, el control puede enfocarse en cuatro materias: Control de legalidad, de oportunidad, de eficacia y financiero. En el caso de la Contraloría, conforme el articulado revisado, se enfoca en los siguientes “y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos”, es decir es un control de carácter financiero y legal. Sin embargo, el articulado de la ley orgánica de la contraloría amplia en su artículo ocho los campos de control:

Art. 8.- Objeto del sistema de control. - Mediante el sistema de control, fiscalización y auditoría se examinarán, verificarán y evaluarán las siguientes gestiones: *administrativa, financiera, operativa*; y, cuando corresponda gestión medio ambiental de las instituciones del Estado y la actuación de sus servidores. En el examen, verificación y evaluación de estas gestiones, se aplicarán los indicadores de gestión institucional y de desempeño, y se incluirán los comentarios sobre la legalidad, efectividad, economía y eficiencia de las operaciones y programas evaluados.

Entonces tenemos claro que los campos de revisión se enfocan en los aspectos financieros de los recursos públicos, del respeto a los procedimientos administrativos y a la oportunidad y formalidad de los mismos, sin embargo, esto no excluye el control de formalidad de los actos y contratos administrativos. Recordemos que el control de legalidad de los actos corresponde de manera exclusiva a los juzgados y tribunales, incluyendo los actos de la contraloría. Sin embargo sabemos que los actos administrativos tienen situaciones de oportunidad o merito, en este aspecto la doctrina a denominado la existencia de este tipo de situaciones como “juicio de conveniencia”, porque toda norma da un camino a seguir sin embargo a pesar de todo el aparataje administrativo o conjunto de normas que se emitan, siempre quedará un espacio de discrecionalidad que recaerá en el raciocinio del funcionario, Cassagne (Cassagne, 2013) lo define claramente cuando expresa “que la oportunidad o merito puede resultar tanto del ejercicio de potestades regladas o discrecionales, o como acontece en la mayoría de los casos de una combinación de ambos”.

Del mismo modo, el ejercicio de una potestad administrativa nunca puede ser absoluto o infinito, criterio que la propia ley orgánica de la contraloría determina en sus disposiciones:

Art. 71.- Caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado. - La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en “siete” años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos.

En razón del tiempo (*ratione temporis*) existen competencias que solo se pueden ejercer durante un límite de tiempo, fenecido el cual se pierde toda atribución para actuar.

En relación al artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que establece: *Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación. - Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata.*

Lo antes manifestado lleva simetría con lo que establece La disposición décimo segunda del Código Integral Penal, establece:

DÉCIMO SEGUNDA: En la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sustitúyase el artículo 26 por el siguiente: “Art. 26.-Informes de auditoría y su aprobación. - Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el plazo máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata.”

La limitación de las actividades como lo hemos revisado, nace de la constitución, de la ley y como lo veremos también de la doctrina y de las resoluciones de la Corte Nacional de justicia: Ninguna potestad puede ejercerse de un modo omnímodo. El debido proceso constitucional supone que todo acto administrativo goza de fundamentación no solo fáctica sino jurídica, encaminándose al principio de legalidad y de respeto al derecho de los administrados, sabemos que los actos de determinación de la contraloría son de origen expresamente reglados, es decir que, la discrecionalidad del funcionario debe ser exigua.

Este es un tipo de control que nace de las propias entidades, mientras que el control externo, conforme lo dispone el **Art. 18 de la LOCGE**. Se resume en “*El control externo que realizará la Contraloría General del Estado se ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría*”.

Es decir que el control interno es el método previo, que nace de la propia entidad, mientras que el verdadero control de fiscalización posterior corresponde a la Contraloría en ejercicio de su potestad, la cual recalcamos es reglada y limitada por los conceptos de caducidad y prescripción.

Enfocándonos en lo anteriormente expuesto, queda claro que a pesar de que los actos administrativos en general, gozan de presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, esta presunción puede revisarse por la propia administración mediante su potestad de auto control (CABANELLAS, 2006)l. Todo sujeto goza de una presunción de inocencia, en materia penal es un principio constitucional, así como lo manifestamos anteriormente los actos administrativos gozan de presunciones de que su emisión fue conforme a derecho y la buena actuación del funcionario. Es decir que podríamos decir que todo acto administrativo que cumpla con los formalismos de ley, se presume emitido de buena fe y con su finalidad de cumplir con el bien común.

ERJAFE - Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD. - *Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.*

Es decir que la actividad de la Contraloría está enfocada en encontrar los procedimientos que hayan incumplido con la ley, las normas procedimentales de control y que hayan escapado de la auditoría interna de cada institución. Por otra parte, después del control, viene la potestad sancionatoria del Estado.

Una vez terminado el proceso de auditoría o de examen especial, la Contraloría puede determinar la existencia de responsabilidades de tipo civil, administrativa y penal. En este caso las responsabilidades administrativas terminaran con la sanción respectiva que la ley determina, y a su vez las civiles con las acciones a iniciarse. Sin embargo, la existencia de las denominadas “sanciones administrativas” que son procesos coactivos en toda la naturaleza de los mismos, indican la pre existencia de una responsabilidad económica por la deficiente función encargada. La responsabilidad penal, es otro tema que, a pesar de ser determinada por la Contraloría, conlleva el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado.

El ejercicio de la protesta sancionadora

Una vez determinada la responsabilidad del funcionario la misma puede ser enfocada de acuerdo al tipo y sus efectos, señala la ley, el concepto que nos da la doctora María Dolores Rivas Casareto (Rivas Cassareto, 2010) sobre la responsabilidad del funcionario público es *“que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales.”*. Es un vínculo obligacional entre los sujetos que ostentan la calidad de funcionario público y el resultado de sus actos.

Establecidos los efectos que puede traer el control realizado por la Contraloría, existen las limitaciones que tiene para ejercerlo, razón por lo que es importante tomar un momento en este trabajo para poder explicar de manera clara, las limitaciones como lo son la Prescripción y la Caducidad. De reciente publicación, la CORTE NACIONAL DE JUSTICIA emitió la resolución en la que define a la caducidad como una figura propia del Derecho Público que opera por el transcurso del tiempo y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. Es decir que mientras la prescripción se enfoca en el ejercicio de la acción, la caducidad se enfoca en el derecho a ejercer una actividad por parte de un sujeto titular del derecho, en el caso de estudio es la potestad de control y revisión de los actos.

La Corte Nacional en su resolución No 13-2015, publicada en el Registro Oficial 621 del cinco de noviembre de 2015, resuelve que *“la caducidad es una figura propia del derecho público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso”*. En el caso que revisamos, la caducidad aplicable a la potestad revisora de la contraloría es de siete años contados desde *la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos*. Mientras que la prescripción de las acciones para el cobro de valore es de diez años por intermedio de la acción coactiva. Por otra parte, las reformas del Código Orgánico Integral Penal determinaron la imprescriptibilidad de las acciones por peculado y enriquecimiento ilícito proveniente del mismo. Es decir que el funcionario deberá ejercer su derecho a la defensa al momento en que se den las respectivas denuncias e indagaciones.

El debido proceso y las garantías Constitucionales

En el proceso administrativo de control posterior los derechos constitucionales de los funcionarios y de los sujetos privados que pueden terminar sometidos al control posterior de la administración, los exámenes especiales no solo analizan el procedimiento desde la entidad, sino también de contratistas, fiscalizadores que a pesar de no pertenecer al sector público terminan entrelazándose con este por los contratos administrativos o situaciones similares, Las garantías constitucionales que pueden verse afectadas por los procesos de control son las que se refieren a la legítima defensa y al debido proceso (WRAY , 2000). Ambos conceptos de repetida revisión en las escuelas de derecho, sin embargo, debemos recordar los principales elementos de cada una de ellas:

El derecho impugnar las responsabilidades que la Contraloría quiere endilgar a funcionarios o exfuncionarios, contratistas o fiscalizadores, que si bien está regulado por la propia ley, es un ejemplo de que el control de legalidad corresponde a los tribunales y juzgados de la república, a pesar existir una instancia administrativa, como lo es el recurso de revisión lo justo es que un tercero imparcial y ajeno al proceso administrativo como tal, sea el que dirima en última instancia la legalidad del mismo, Sin embargo a pesar de que todo esto suene coordinado y concordante, la realidad es otra. El lento desarrollo y la falta de juzgados especializados en los temas contenciosos administrativos realmente terminan creando una situación de laceración de los derechos de aquellos a los que se les imputa responsabilidad en resoluciones de contraloría.

Las impugnaciones en la vía administrativa de las sanciones administrativas culposas y civiles culposas: glosas de contraloría, tampoco son susceptibles de acciones constitucionales porque las asimilan a procesos coactivos, lo que crea una verdadera situación de indefensión, por otra parte, la suspensión del acto administrativo no es algo que la legislación actual no contempla entre las opciones del demandado en este tipo de procesos. Por otra parte, recordemos que muchas son las veces en que la administración a sabiendas de que sus actuaciones son extemporáneas y adolecen de vicios formales, igual inicia los procedimientos por la formalidad del proceso, creando situaciones de responsabilidad que al final son irregularidades del entes de control, por lo cual como lo vimos, la Corte Nacional resolvió que en primera instancia los tribunales y salas deben analizar la excepción de Caducidad, si esta es aplicable, los argumentos de fondo ya no son conocidos y el proceso es terminado.

Es necesaria una aclaración en estos temas, principalmente cuando por la ejecución de glosas se dan medidas cautelares como retenciones o embargos a partes que no fueron citadas de manera

directa, sino involucrados como solidarios y que se enteran de los procesos una vez ejecutadas estas medidas. La Contraloría se cubre alegando citaciones por la prensa o en direcciones anteriores, sin embargo esto no es un elemento suficiente para poder alegar que este tipo de actuaciones ha cumplido con las normas básicas del debido proceso y el acceso a la legítima defensa. Al tratarse de procesos de ejecución coactiva, la aplicación de principios como “solventa et repete” crea situaciones de verdadera desventaja para el sujeto pasivo de las obligaciones.

Conclusiones

Es necesario poner una limitación a la actuación de la Contraloría en el sentido de ejercer acciones que conforme la Corte Nacional ya lo ha resuelto, no procederían en un control de legalidad. Como todo bien público debe ser protegido, el proceso de control es necesario en cada actividad, sin que esto no signifique que la entidad de control tendrá carta abierta para hacerlo en cualquier momento a su arbitrio.

La teoría de los contrapesos en todo sistema legal y constitucional se apoya en las limitaciones que tiene la administración para ejercer ciertos actos, en los casos que revisamos, vimos el tiempo y las materias a las que se aplicaran.

En este sentido, se crea una especie de bucle o ciclo, debido a que los propios actos de revisión gozan de un porcentaje de discrecionalidad, como lo revisamos, no existe un acto totalmente reglado porque siempre existirá una porción de discrecionalidad del funcionario que lo emite. El concepto de discrecionalidad debe de dejar de interpretarse como la infinita discrecionalidad, al contrario, debe entenderse como el correcto enfoque que la misma debe tener. Como lo revisamos, existe el juicio de oportunidad del acto administrativo, es decir que el análisis y revisión realizado por la Contraloría deberá enmarcarse en estos parámetros. No es lo mismo una contratación que se realizará bajo los parámetros de una emergencia económica o un decreto de austeridad, a una que se realice en un estado normal. Por otra parte, la motivación de los actos unilaterales también se ve afectada por factores exógenos como no es lo mismo otorgar concesiones para cupos de pesca en un momento que una especie es declarada en peligro a otorgarlas cuando no lo está. Esto es lo que la doctrina italiana ha denominado como “la discrecionalidad técnica”, donde el funcionario debe tomar decisiones fundamentado en situaciones que no son de su conocimiento general, como lo pueden ser conocimientos agrícolas, tecnológicos y similares, que a criterio de algunos autores

difieren del concepto tradicional de oportunidad, lo que en un momento pudo parecer como la mejor opción en una contratación, tal vez no lo sea en dos años.

Las normas de auditoria gubernamental, nunca podrán contemplar un panorama completo de la situación que precedió la emisión del acto en revisión. Es similar a lo expresado anteriormente, la revisión del acto administrativo debe respetar los derechos de los auditados, recordando que todo acto se presume realizado de buena fe y conforme a derecho, por eso goza de la presunción de legitimidad y eficacia. Por otra parte, un acto de revisión debe mantener conceptos de imparcialidad, prudencia y un análisis de acuerdo a las situaciones que motivaron la emisión del acto.

Muchas veces los justificativos presentados por los auditados durante los procesos son considerados como no aptos, sin ofrecer una mayor motivación lo que viola las garantías del debido proceso y la motivación de los actos administrativos, lo que, a su vez, obliga a las partes auditadas a recurrir a los órganos de impugnación en sede judicial, creando mayor carga a la función judicial. Es razón por lo cual se debe implementar un sistema de impugnación más eficaz y directo que el actual y congestionado proceso de impugnación ante el tribunal distrital. La suspensión del acto administrativo, que se contempla en el COGEP es un avance hacia ese balance tan necesario, recordemos que la relación entre Estado y particulares es una relación de desigualdades ya que el Estado goza de prerrogativas a su favor las cuales no están a favor del administrado. Así también la equiparación del proceso coactivo a las sanciones administrativas culposas, sanciones civiles: glosas y Ordenes de Reintegro, también causa una gran lesión al interés de los particulares involucrados, a pesar de existir una vía de impugnación administrativa, los procesos de excepciones conllevan un afianzamiento que puede causar un verdadero perjuicio económico al involucrado.

Referencias

1. Abarca Gáelas, L. H. (2009). “Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social y sus Instituciones Tutelares”.
2. PÉREZ ROYO, J. (2002). “Curso de Derecho Constitucional”. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
3. ALVARADO VELLOSO, A. (2011). La Garantía Constitucional del Proceso y el activismo Judicial ¿Qué es el garantismo procesal? Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

4. CABANELLAS, G. (2006). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
5. CARBONELL, M. (2011). Neo constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Quito, Cevallos Editora Jurídica.
6. Cassagne, J. C. (2013). EL Acto Administrativo. Bogotá: Editorial Temis.
7. Cortázar Vinueza, C. (2005). Separación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 241-263.
8. Corte Nacional de Justicia. (5 de NOVIEMBRE de 2015). Resolución No 13-2015. Quito, Pichincha, Ecuador.
9. Cueva Carrión, L. (2001). El debido proceso, Quito, Impreseñal Cía. Ltda. (1era. edición ed.). Quito: Impreseñal Cía. Ltda.
10. Garrido Falla, M. (1992). Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Tecnos.
11. Rivas Cassareto, M. D. (2010). La responsabilidad del funcionario Público. Revista Jurídica UCSG.
12. Vera Castellanos, L. (2004). Recursos Administrativos y Propiedad intelectual en el Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y publicaciones.
13. WRAY, A. (enero de 2000). “El Debido Proceso en la Constitución”. Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 38.

© 2024 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).