



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

La pérdida de competencia en razón del tiempo en los informes de auditoría gubernamental y sus efectos jurídicos en la legislación vigente ecuatoriana.

Autora:

Emilia Monserrath Coronel Ordóñez

Director:

Javier Cristóbal Cordero López

Cuenca – Ecuador

Año 2022

Dedicatoria

A las niñas, adolescentes y mujeres que son asesinadas día a día en manos del sistema patriarcal que nos gobierna, a vista del Estado indolente.

A todas las que alzan la voz, a las que no se quedan calladas ante las injusticias, a las que buscan a las que ya no están, a las que salen a protestar a las calles, a las que lo queman todo, a las que gritan ¡yo te creo hermana!, a las que acompañan en clandestinidad, a las mujeres que ponen su cuerpo ante la represión del gobierno.

A mis hermanas sororas, que desde sus trincheras buscan equidad, justicia y dignidad.

A María Dolores y María Inés con pañuelo en mano y cara tapada son las que gritan ¡Nos queremos vivas, ni una menos! Son las que harán que el patriarcado tiemble.

A Napoleón, mi mejor amigo.

A Inés Dolores Vázquez Nieto.

Agradecimientos

A todas las MUJERES que dieron su vida para nuestra liberación, a todas aquellas que desafiaron el sistema, lucharon en las calles para que hoy pueda gozar del derecho de educación

A las mujeres que a lo largo de mi vida me enseñaron a luchar en contra de este sistema patriarcal que nos oprime y que con pañuelo en mano hicieron una revolución.

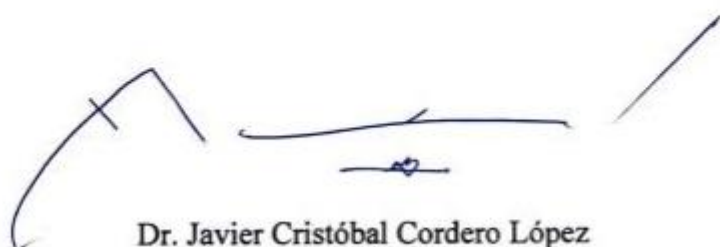
A Omayra Ordóñez Vázquez, raíz.

Resumen

Dentro de esta tesis se abordará la problemática latente en el Derecho Administrativo sobre la caducidad de los informes de la Contraloría General del Estado, que se encuentra plasmada en la Resolución No. 10-2021 de la Corte Nacional de Justicia. En esta investigación se pretende analizar si el efecto jurídico que le ha otorgado la Corte Nacional a los informes de auditoría es el más adecuado. Este podría llegar a confundir conceptos claves, dando origen a las siguientes preguntas: ¿Los informes de auditoría son actos de simple administración y no actos administrativos? ¿Los informes de auditoría son impugnables? ¿Es caducidad, preclusión o ilegalidad?

Palabras clave: Informes de auditoría, caducidad, acto de simple administración, derecho administrativo sancionador, nulidad absoluta.

Atentamente,



Dr. Javier Cristóbal Cordero López

Abstract

The present research work addresses the latent problem present in the Administrative Law about the expiration of the reports of the Comptroller General of the State, which is embodied in Resolution No. 10-2021 of the National Court of Justice. The purpose of this research is to analyze whether the legal effect given by the National Court to the audit reports is the most appropriate. It could be possible to confuse key concepts, giving rise to the following questions: Are audit reports acts of simple administrative acts plus administrative acts? Are audit reports subject to challenge? Is it expiration, preclusion, or illegality?

Key words: audit reports, caducity, act of simple administration, administrative sanctioning law, absolute nullity.

Translated by

Emilia Coronel

Emilia Monserrath Coronel Ordóñez



Índice

| | |
|--|------|
| Dedicatoria | II |
| Agradecimientos | IV |
| Resumen | VI |
| Abstract | VIII |
| Introducción | 1 |
| CAPÍTULO I. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE CONTROL GUBERNAMENTAL | 3 |
| 1.1. El Sistema de Control Gubernamental | 3 |
| 1.2. Sujetos activos y pasivos del control gubernamental | 5 |
| 1.2.1. Sujetos pasivos del control gubernamental..... | 6 |
| 1.2.2. Sujetos activos del control gubernamental..... | 12 |
| 1.3. Control externo: Auditoría Gubernamental, el Examen Especial y los otros tipos de control que existen | 17 |
| 1.3.1. Auditoría Gubernamental | 17 |
| 1.3.2. Auditoría financiera, de gestión y de aspectos ambientales..... | 18 |
| 1.3.3. Examen especial de la Contraloría..... | 21 |
| CAPÍTULO II ELEMENTOS INDISPENSABLES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA CGE | 32 |
| 2.1. Competencia, Objeto, Voluntad, Motivación y Procedimiento | 32 |
| 2.1.1. Competencia..... | 32 |
| 2.1.2. Voluntad | 35 |
| 2.1.3. Motivación..... | 36 |
| 2.1.4. Procedimiento | 38 |
| 2.2. La pérdida de la Competencia debido al tiempo | 41 |
| 2.3. La figura jurídica de la Caducidad | 43 |
| CAPÍTULO III. LA NULIDAD DE ORIGEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS POR LA CGE | 46 |
| 3.1. Causales tercera y cuarta de nulidad del Acto Administrativo previsto en el Artículo 105 del COA | 46 |
| 3.1.1. 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.... | 47 |
| 3.1.2. 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado..... | 50 |
| 3.2. El Acto de Simple Administración en el Artículo 26 de la LOCGE | 53 |
| 3.3. Análisis de la impugnabilidad administrativa y judicial de conformidad con el Artículo 69 de la LOCGE | 57 |

| | |
|--|-----------|
| 3.4. Análisis de la Resolución No. 10-2021 de la Corte Nacional de Justicia | 58 |
| Conclusiones y recomendaciones | 64 |
| Bibliografía | 66 |
| Anexos | 70 |
| RESOLUCIÓN No. 10-2021 | 70 |

Introducción

En Ecuador en el 2021 el pleno de la Corte Nacional de Justicia dictó la resolución No. 10-2021 que hace referencia a las consecuencias jurídicas que produce cuando se supera término que existe entre la orden de trabajo y la aprobación del informe gubernamental de la Contraloría General del Estado por parte del Contralor. La Corte ha determinado que la ha operado la cantidad y por lo tanto es la nulidad absoluta.

El Derecho Administrativo ha creado varias formas mediante las cuales se comunica, ya sea, con los administrados o con los servidores públicos. Estas comunicaciones cumplen diferentes funciones, la primeras son actos administrativos, están dirigidos a los administrados, causan efectos jurídicos y tienen que cumplir con requisitos que la ley expresa taxativamente para ser válidos. Los segundos son actos de simple administración, estos están dirigidos a que exista una comunicación clara entre los servidores públicos son actos inter orgánicos, no producen efectos jurídicos inmediatos y solo se dan para un buen manejo en la administración pública.

Por lo tanto, en el presente documento se realiza un análisis doctrinal y jurídico a la decisión tomada por la Corte Nacional, debido a que, desde mi punto de vista no ha quedado claro si los informes de auditoría que plantea el artículo 26 se considerarían o no actos administrativos. Pues, de no serlo, serían actos de simple administración y como tal el tratamiento que se le debería dar sería completamente distinto.

CAPÍTULO I. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE CONTROL GUBERNAMENTAL

1.1. El Sistema de Control Gubernamental:

Se considera a esta figura como “el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente con el objetivo de conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en todas las instituciones públicas del país” (Alarcón, 2016, pág. 67). A decir de Amoroso, “el control es una de las funciones propias del Estado necesarias para garantizar y regular el cumplimiento efectivo de las funciones, normas y mandatos dados a los distintos funcionarios e instituciones públicas” (Amoroso, 2018, pág. 16).

Asimismo, algunos autores, como Stark, afirman que el término “control” tiene alcance polisémico, denotando que la palabra contiene varios significados y consecuente puede crear ambigüedades para su empleo. Además, que “es frecuente emplearlo como sinónimo de inspección, verificación o interferencia, generando casi siempre cierto malestar e incluso una actitud defensiva” (Stark, 2004). Del mismo modo, plantea que la palabra “control” es un término derivado de una mala traducción francesa, esta deviene de la palabra francesa “controle” que a su vez deriva de “controll” que significa control del rollo¹, y, en la época medieval, se acuñó esta palabra para comprobar la autenticidad de un documento. En consecuencia, la palabra correcta con la que se debió emplear es “tutela” que proviene de la etimología del

¹ Hace referencia a los papeles que eran una fiel copia del original

latín que significa vigilante y guardián. El Sistema de Control Gubernamental (en adelante SCG), al estar encargado de velar y salvaguardar el adecuado uso de recursos y funcionamiento del Estado, para “tutelar” los intereses públicos pasa a ser una especie de autotutela del Estado.

Bajo este contexto, “el control es una función regulada constitucionalmente cuyo propósito principal es el de asegurar que los órganos del Poder Público respeten y cumplan las limitaciones impuestas a sus actos” (Flores et. al, 2016). Este control, se otorga para evitar un mal uso del patrimonio público, así como asegurar que sean eficaces y eficientes al momento de administrarlos, cuya consecuencia sería a tener un manejo claro y apegado a la ley de los fondos públicos.

Como resultado, en Ecuador, en 1998, la Carta Magna vigente en ese período, en su artículo 211 designa a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE) como “el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera” (Asamblea Constituyente, 1998), En la Constitución del 2008 en el artículo 211 se ha indicado que “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” (Asamblea Constituyente, 2008)

Como se indicó, la CGE, es la entidad encargada para ejercer esta competencia, de tal forma que ha creado mecanismos que incluyen seguimiento, evaluación y comprobación de las prácticas y resultados de las entidades e instituciones públicas en el manejo de recursos públicos, del mismo modo, se evalúa el nivel de eficiencia y eficacia en el manejo de los fondos públicos y la transparencia en el ejercicio de sus funciones. También, verifica el cumplimiento, de manera

correcta del ordenamiento jurídico y diferentes procesos, que existe para el uso del patrimonio estatal.

Por este motivo, se han desplegado diversos mecanismos para ejercer sus funciones, por medio del de control, interno y externo, que, a su vez, en cuanto a los tiempos se divide en “control previo, recurrente y posterior” (Hernández, 2017). Para que el control se materialice con su finalidad, debe existir una auto vigilancia en cada ente de la administración pública, dado que, la Ley Orgánica de la Controlaría General del Estado en su artículo 6 número 1 “el control interno es responsabilidad de cada órgano y de cada funcionario”., la LOGGE (2002) indica que:

“El control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales. Constituyen elementos del control interno: el entorno de control, la organización, la idoneidad del personal, el cumplimiento de los objetivos institucionales, los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos, el sistema de información, el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y, la corrección oportuna de las deficiencias de control” (artículo 9).

En al control externo; en, el Ecuador el ente encargado es la CGE, sin perjuicio que otra entidad también efectúe dicho control². De este tema se hablará con más profundidad en los siguientes apartados.

1.2. Sujetos activos y pasivos del control gubernamental:

² Por ejemplo, en el caso del control que realizan las Superintendencias y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

1.2.1. Sujetos pasivos del control gubernamental:

Este control gubernamental se extiende a todo órgano público, autoridad, funcionario o servidor que sea parte del aparataje estatal e incluso a la persona de derecho privado que maneje recursos públicos. Este control también incluye a los procesos de contratación pública que reciban fondos del Estado.

1.2.1.1. Órganos públicos:

Los órganos públicos son las diferentes entidades estatales que comprenden la administración pública, conforme el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante C.R.E.) señala que el sector público está conformado por:

“1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”. (artículo 225)

1.2.1.1.1. Organismo y dependencias de las funciones del Estado

En Ecuador, a más de las tres funciones clásicas de división, la Constituyente de Montecristi creó dos más. Estas son: la función de Transparencia y Control Social y la función Electoral.

Función Ejecutiva: Conforme a la C.R.E. la función Ejecutiva está representada por la Presidencia de la República y la componen el Presidente de la

República, Vicepresidente de la República, los Ministros y las demás instituciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines. Del mismo modo, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE) en su artículo 2, señala que también son parte de la función ejecutiva, las personas jurídicas del sector público con autonomía que estén conformados por la mitad o más por fondos públicos.

Función Legislativa: se compone por un solo órgano, la Asamblea Nacional, la cual está integrada por 137 asambleístas, ejercen en un período no mayor a cuatro años, y la elección de estos miembros será mediante el voto popular.

Función Judicial: Juntamente con la justicia indígena, es la encargada de administrar justicia. En el artículo 178 de la C.R.E., se delimita que esta función está formada por la Corte Nacional de Justicia, Corte Provincial de justicia, juzgados de paz y los demás tribunales y juzgados que determine la ley.

Función Electoral: Es el órgano a cargo de garantizar el ejercicio de los derechos políticos de la población ecuatoriana. Este órgano está conformado por el Consejo Nacional Electoral y por el Tribunal Contencioso Electoral.

Función de Transparencia y Control Social: Es la encargada de realizar, entre otras funciones control a los organismos y entidades del sector público y personas jurídicas o naturales del sector privado que tengan fondos públicos. Este órgano, de acuerdo con la C.R.E. (2008), está conformado por:

“La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades

tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.” (artículo 204)

1.2.1.1.2. Entidades del régimen autónomo descentralizado

De acuerdo con la C.R.E., el Ecuador es un Estado que se organiza de manera desconcentrada y descentralizada. Es decir que existe “la transferencia de autoridad administrativa o responsabilidades dentro de los ministerios y agencias del gobierno central, lo que incluye sus oficinas instaladas” (Mardones, 2008, pág. 48). De conformidad con otro mandato constitucional este órgano está conformado por los “gobiernos autónomos descentralizados, las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales” (artículo 238).

1.2.1.1.3. Los organismos y entidades autónomas creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal

Estos entes son creados para que el Estado pueda desarrollar las diversas actividades que son asumidas por el mismo o para que pueda brindar los servicios básicos de la mejor manera. Por ejemplo, una de estas entidades es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), que brinda a sus afiliados seguridad social, jubilación y acceso a préstamos quirografarios; entre otros órganos que ejercen la potestad estatal, que desde luego estos de aquí están sometidos a control de la CGE.

1.2.1.1.4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo seccional

Son los órganos de menor jerarquía creados por ordenanzas mediante acto normativo seccional. Estos son denominados como “Empresas públicas” y son creados para brindar servicios básicos. También están sometidos al control de la Contraloría.

Como indica el autor Marienhoff, “por empresa del Estado debe entenderse toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tienen a su cargo la prestación de servicios de esa índole” (Marienhoff, 1966, pág. 467). En ese sentido la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) se encuentra definido que las empresas públicas como:

“Entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”. (artículo 4)

1.2.1.2. Servidores y trabajadores públicos

De acuerdo con la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (artículo 4). Los servidores públicos, de acuerdo con la C.R.E. tienen responsabilidad por los actos o/y omisiones que han realizado en el ejercicio de sus funciones consecuentemente se le podría establecer responsabilidades administrativas, civiles o penales por mal manejo de cualquier tipo de bienes, fondos o recursos públicos. A decir del autor Velasco se puede considerar lo siguiente:

Servidor público es una persona natural que presta sus servicios con un propósito de utilidad social, es decir aquellas actividades que realiza benefician a la sociedad en un interés general por el orden social y la productividad de las instituciones que integran el sector público, actividades cumplidas personalmente en una jornada ordinaria o especial de trabajo a cambio de remuneración. (Velasco, 2016, pág. 43)

1.2.1.3. Personas jurídicas de derecho privado con participación del Estado

Personas jurídicas de derecho privado sin fines sociales o públicos

En concordancia con el artículo 3 de la LOCGE, las personas jurídicas que están sometidas al control de la Contraloría, será únicamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público, para lo cual se debe tener presente el concepto de recursos público conforme el artículo 3 de la LOCGE.

1.2.1.4. Persona jurídica de derecho privado con fines sociales o públicos

Estas personas jurídicas, de acuerdo con el artículo 4 del reglamento de la LOCGE, cuando tengan un capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria que esté integrado 50% o más con fondos públicos, en cualquier forma que se presenten estos, estarán sometidos al control y vigilancia de la Contraloría General de Estado. Y de acuerdo con este mismo reglamento en el artículo siguiente, independientemente del capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria están sometidos al control de la Superintendencia de Compañías de Bancos y Seguros o del respectivo órgano de control y a la CGE conforme a lo dispuesto en los capítulos II y IV del Reglamento a la LOCGE.

En este sentido el Reglamento a la LOCGE clasifica a las entidades privadas de esta forma:

Para los fines del ejercicio del control y auditoría por parte de la Contraloría General, y sin que implique modificación en la naturaleza jurídica de las entidades de derecho privado, éstas se clasificarán en los siguientes grupos:

1. Entidades financieras y bancarias, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con el 50 o más por ciento de recursos públicos.

2. Sociedades civiles y fundaciones, con el 50 o más por ciento de recursos públicos.

3. Compañías o sociedades mercantiles sujetas al derecho privado como son las sociedades anónimas, de economía mixta u otra especie de compañías, con el 50 o más por ciento de recursos públicos.

4. Ente contable y jurídico, fondo o fideicomiso mercantil, con el 50 o más por ciento de recursos públicos.

5. Establecimientos educativos particulares, laborales, comisariatos, corporaciones y otras que reciban subvenciones económicas o subvenciones sociales utilizando recursos de carácter público.

6. Otras entidades privadas que manejan recursos públicos, en el 50 o más por ciento.

7. Otras entidades privadas que manejan recursos públicos, en el 49 o menos por ciento.

La Contraloría General se registrará por el catastro de entidades públicas que sea expedido por la respectiva Secretaría de Estado.

1.2.1.5. Concesionarios

El vocablo latín “consentino” que deriva del sustantivo “concessus” que significa ceder, la RAE (2021) lo define como la acción y el resultado de adjudicar, otorgar, conferir, etc. Es decir, cuando se utiliza la palabra concesión, se hace referencia al hecho que el Estado cede u otorga una parte de sus prerrogativas de uso exclusivo a un tercero. De acuerdo con la C.R.E. en su artículo 313, se enuncia que la administración pública se reserva el derecho exclusivo de administrar, regular, gestionar y controlar los sectores estratégicos. Dentro de estos, encontramos a los sectores que por su trascendencia tienen una influencia social, política, económica y ambientalmente importante. Del mismo modo, se considera a las telecomunicaciones y recursos no renovables en cualquiera de sus formas como sectores estratégicos.

Del mismo modo, en el artículo 315 de la C.R.E. se expone que el Estado será el ente encargado de constituir empresas para generar la gestión, tanto de los sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos y desarrollo de actividades económica. En este sentido, el artículo siguiente señala que el Estado podrá “delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria” (artículo 316). En consecuencia, el mismo artículo señala que se podrá delegar de forma excepcional a la economía privada y popular y solidaria para que realicen estas actividades, en conformidad a lo establecido en la ley.

1.2.2. Sujetos activos del control gubernamental:

De acuerdo con la C.R.E. (2008) “La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público” (artículo 204).

Esta función está conformada por: La Contraloría General del Estado, las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo y por el Consejo de Participación y Control Social.

1.2.2.1. Contraloría General del Estado

La Contraloría General del Estado nace como consecuencia de la creación de Ley Orgánica de Hacienda en 1927, así como el departamento autónomo del gobierno, con la finalidad de tener un control del arca fiscal, en base a las recomendaciones dada por la misión Kemmerer³.

Las instituciones implementadas en Ecuador con las recomendaciones de la misión Kemmerer fueron el fondo de pensión, la Dirección General de Aduanas y Banco Central del Ecuador, por mencionar algunas.

En otro aspecto, la Misión Kemmerer influyó en la promulgación de diversas normativas financieras respecto a impuestos internos, moneda, banca, aranceles, etc.; y la liquidación de la deuda interna y la renovación del pago de la deuda externa.

De igual manera, en la Constitución de 1945 se incluye un capítulo sobre los organismos de control, en el cual consta la Contraloría General de la Nación (CGN) y desde la fecha este organismo se ha mantenido como órgano de control. En 1960 se realizó la codificación a la Ley Orgánica de Hacienda que se estableció que la CGN debe mantener un sistema “moderno” de control, con un principal objetivo, cautelar el uso debido de los fondos públicos. Por otro lado, en la Constitución de 1967

³ Es el nombre que se le dio a una comisión de expertos que, entre 1919 y 1931, hizo propuestas de reformas fiscales y monetarias a varios gobiernos, principalmente en América Latina. En el año 1925, previa a la Revolución Juliana y al derrocamiento del presidente Córdova, un grupo de comerciantes realizó una solicitud al economista Kemmerer, que se haga una recomendación técnica para resolver el conflicto monetario que existía en el país en esos años. Las reformas propuestas por la comisión apuntaban a modernizar y fortalecer las instituciones públicas y modernizar el sistema bancario y monetario

modificó en nombre de Contraloría General de la Nación a Contraloría General del Estado. Este cambio se lo realiza, que, era necesario organizar de manera homogénea las funciones del sector público.

Por otro lado, con la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) expedida en 1977 que sustituye a la Ley Orgánica de Hacienda, se efectuaron reformas significativas, se pasó del control fiscal, al control gubernamental de los recursos públicos. del mismo modo, se generó un cambio estructural, normativo y administrativo, ya que comenzó a funcionar como un órgano superior de control de los recursos públicos.

La Contraloría General del Estado, de acuerdo con la Constitución, como ya se indicó es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, así como del cumplimiento de los diversos objetivos de los órganos estatales y personas jurídicas de derecho privado que tengan manejo de recursos públicos.

1.2.2.2. Superintendencias

Son órganos técnicos de vigilancia, auditoría y control de los servicios que prestan las instituciones públicas y privadas. Con el objetivo de que los servicios que brindan estas estén apegados al aparataje legal y atiendan el interés general, de acuerdo con el artículo 213 de la C.R.E.

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

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

En el Ecuador existen 5 superintendencias:

1. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos,
2. Superintendencia de Telecomunicación,
3. Superintendencia de Economía Popular y Solidaria,
4. Superintendencia de Control del Poder de Mercado,
5. Superintendencia de Información y Comunicación, y definición, parte de la Función de Transparencia y Control Social.

Cada una de estas superintendencias de control están reguladas por cuerpos normativos independientes en las cuales se indica las competencias y las funciones. Sin embargo, la función en común que tienen todas es el control técnico que realizan tanto a entes privados de derecho como a públicos. Adicionalmente, se podrían llegar a crear más superintendencias con el fin de controlar la correcta actividad Estatal.

1.2.2.3. Defensoría del Pueblo

De acuerdo con el artículo 214 de la C.R.E., este es un órgano de derecho público que se encarga de velar por la defensa jurídica a los habitantes del Ecuador y a los ecuatorianos, aunque residan fuera del país.

En este sentido, en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (2019), señala que:

“Esta Ley tiene como objeto establecer a la Defensoría del Pueblo como la Institución Nacional de Protección y Promoción de los Derechos Humanos y la Naturaleza, desarrollar sus principios, enfoques y competencias, definir su estructura principal, y asegurar su independencia, autonomía y representación plural.” (artículo 1)

La Defensoría del Pueblo tiene un papel fundamental en la sociedad debido a que la naturaleza de su existencia gira en torno a la protección de los derechos de los habitantes del país. Esta protección se materializa a través de la creación de políticas públicas dirigidas a la protección de los diversos derechos humanos y de la naturaleza, exigiendo al Estado que se efectivicen los derechos humanos y que se eviten y se responsabilicen por las violaciones de estos.

1.2.2.4. Consejo de Participación y Control Social

Este órgano, de acuerdo con el artículo 207 de la C.R.E. (2008) está establecido que se encargará de “promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley” (artículo 207).

Esta función nace con objetivo de fomentar los derechos democráticos. Es decir, busca crear un espíritu cívico en la población, mediante mecanismos que den transparencia a los procesos democráticos, evitando así el rechazo que existe por parte de los ciudadanos ante situaciones como la corrupción. En este sentido y de acuerdo con la Ley Orgánica del Consejo de Participación y Control Social, una de las principales atribuciones que tiene es establecer mecanismos para que se rinda cuentas a la ciudadanía de las actividades que han desarrollado las instituciones públicas y,

del mismo modo, vigilar que se lleve de acuerdo con la ley y con transparencia la elección de las autoridades del gobierno. En otras palabras, la principal misión es darle la confianza y hacerle partícipe al ciudadano de las decisiones y del funcionamiento que se está haciendo en el gobierno.

1.3. Control externo: Auditoría Gubernamental, el Examen Especial y los otros tipos de control que existen:

1.3.1. Auditoria Gubernamental:

La auditoría gubernamental es de un control externo que realiza la C.G.E. a los diversos órganos que manejan fondos públicos, a fin de corroborar su buen y diligente uso. El primer artículo del Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (RLOCGE) señala que es el órgano competente para realizar evaluaciones en los ámbitos administrativos, operativos y financieros. Así mismo en la LOCGE (2002) afirma que:

“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”. (artículo 18)

La auditoría no implica solamente llevar acabo un análisis frío de las cifras de los estados financieros de una empresa o entidad; en ella también se analizan las cualidades de las cifras rubro por rubro de los estados financieros, y se estudia qué tanto influyen en la determinación de las cifras, la situación administrativa y la parte operativa de la empresa, si es de producción, o la parte operativa de los servicios, cuando evaluamos una empresa de servicios (Melquíades, 2020).

De lo dicho por el autor, se observa que no únicamente interesa al momento de realizar una auditoría tomar los números, sino que esta información también se usa para analizar de manera técnica el buen uso de los fondos públicos. En otras palabras, el buen uso de fondos públicos hace referencia al uso como lo determina ley, es decir, que se deben respetar los debidos procedimientos y manejarlos con transparencia. Asimismo, si estos han sido usados para conseguir los objetivos que la entidad se ha planteado y del mismo modo evaluar el cumplimiento de legislación vigente en las actividades de la entidad evaluada.

Por otro lado, en el artículo 33 del Reglamento a la LOCGE señala que este control se lo deberá realizar de manera independiente al resto, de las actividades operativas, administrativas financieras y ambientales del sector público y de forma objetiva, profesional. En concordancia con el artículo 18 de la LOCGE esta auditoría se la debe realizar mediante un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos; del mismo modo, también incluye la realización crítica de exámenes de las acciones y obras de quienes administran los fondos públicos.

Hay que hacer hincapié en un elemento clave en este artículo: “no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones”. Es decir, la Contraloría no podrá modificar los actos administrativos realizados por la autoridad o un funcionario o servidor público, en el desarrollo de sus competencias. Sin embargo, y de acuerdo con el Abg. Ismael Quintana, no se deben aglutinar dos conceptos claves: que exista la prohibición que la Contraloría modifique los actos administrativos con el informe de auditoría gubernamental, no significa que no puede realizar las debidas recomendaciones y observaciones del caso. (Quintana, 2020).

1.3.2. Auditoría financiera, de gestión y de aspectos ambientales:

La auditoría financiera, se refiere a una revisión en un período determinado, sobre las cifras de los estados financieros de las instituciones públicas. Esta auditoría concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría.

En esta auditoría se establecerá un periodo de tiempo sobre las cifras que se han dado en los estados financieros de un determinado órgano público. En este examen se deberá incluir igualmente el correspondiente informe sobre el cumplimiento de la normativa legal vigente y el control interno por el órgano que está siendo auditado.

De acuerdo con el manual de auditoría, al momento de realizar la auditoría financiera se tienen que tomar en cuenta los siguientes tres puntos:

“1. La veracidad y autenticidad de los hechos y fenómenos que los estados financieros reflejan. 2. Que son adecuados los criterios, sistemas y métodos utilizados para captar y reflejar en la contabilidad y en los estados financieros los hechos y fenómenos. 3. Que los estados financieros estén preparados y revelados de acuerdo con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, las Normas Ecuatorianas de Contabilidad y la normativa que sobre contabilidad gubernamental se halle vigente.” (Abad, 2018, pág. 54)

En la auditoría de gestión, hay que entender primero el significado de gestión como una “acción y efecto de administrar los recursos humanos, tecnológicos y financieros de una organización, con la finalidad de cumplir los objetivos y metas de esta” (Organización de los Estados Americanos, 2017, pág. 2). Este modelo de auditoría se encarga de fiscalizar el control interno y la gestión, examinando el desempeño de la institución para determinar si esta ha realizado su accionar respetando la ley. Del mismo modo, se evaluarán los resultados esperados por el

organismo y los resultados reales. A diferencia de lo que ocurre en la auditoría financiera que como resultado tiene la elaboración de una opinión profesional, esta versará sobre la elaboración de un informe en el que consten comentarios, conclusiones y recomendaciones.

En esta auditoría se examinarán los resultados comparándolos con los indicadores institucionales de desempeño pertinente, por lo tanto, de acuerdo con la normativa de la Contraloría a lo que se auditará en esta modalidad será: “El proceso administrativo, las actividades de apoyo, financieras y operativas; la eficiencia, efectividad y economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo; y, el cumplimiento de las atribuciones, objetivos y metas institucionales” (LOCGE, 2002, artículo. 21).

Es decir que en esta auditoría se practica un examen objetivo y sistemático, debiendo realizarse de forma continua y debe consistir en un examen documentado de la gestión profesional que ha realizado el órgano público considerando los fines que se han establecido en la ley para así determinar si en realidad se está cumpliendo con los principios, la misión, visión y los objetivos y así poder determinar “el cumplimiento de la visión, misión objetivos y metas y de la eficiencia, eficacia, efectividad, calidad e impacto de su desempeño.” (García de Enterría & Fernandez, 1990)

Por otra parte, la auditoría ambiental, trata sobre la evaluación de los procesos tanto de elaboración como la aprobación de estudios del impacto ambiental y sus consecuencias, con referencia a lo establecido en la Ley de Gestión Ambiental.

De acuerdo con el manual de auditoría de la CGE, este modelo de auditoría verificará si los organismos públicos que implementan proyectos y programas con

impactos o consecuencias ambientales cumplen con los estándares de protección ambiental para proteger el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente seguro. Evaluará el uso y destino de los fondos públicos para estos fines y realizará el seguimiento correspondiente para el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado y sus organismos ante los organismos nacionales e internacionales que trabajan para la consecución de estos fines.

1.3.3. Examen especial de la Contraloría:

El examen especial, de acuerdo con la LOCGE en el artículo 19 señala que:

“Como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones” (Congreso Nacional, 2002).

La principal diferencia que existe con la auditoría gubernamental es que; mientras en la auditoría gubernamental se examina es su totalidad del movimiento financiero, en el examen especial se examina un periodo limitado de tiempo. Y uno o varios aspectos puntuales Se aplican con posterioridad a su ejecución y se realizan a través de técnicas de auditoría, ingeniería y de las demás disciplinas específicas de acuerdo con la materia del examen que se está realizando. El informe contará con comentarios, conclusiones y las debidas recomendaciones.

Sumario

| | |
|--------------------------------|--|
| Auditoría Gubernamental | La auditoría gubernamental se trata de un control externo que realiza la C.G.E. a los diversos órganos que manejan fondos públicos, a fin de corroborar su buen y diligente uso. |
| Auditoría financiera | Se refiere a una revisión en un periodo determinado, sobre las cifras de los estados financieros de las instituciones públicas y este de aquí concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría |
| Auditoría de Gestión | Esta modalidad es se trata sobre: “El proceso administrativo, las actividades de apoyo, financieras y operativas; la eficiencia, efectividad y economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo; y, el cumplimiento de las atribuciones, objetivos y metas institucionales” (LOCGE, 2002, art. 21). |
| La auditoría ambiental | Se trata sobre la evaluación de los procesos tanto de elaboración como la aprobación de estudios del impacto |

| | |
|---------------------------|---|
| | ambiental y sus consecuencias, con referencia a lo establecido en la ley de gestión ambiental. |
| El examen especial | Se encargará de verificar, estudiar y evaluar aspectos de manera limitada relativa a las gestiones financieras, operativas, medioambientales y administrativas (art. 19 LOGGE). La principal diferencia que existe con la auditoría gubernamental es que; mientras en la auditoría gubernamental se examina es su totalidad, en el examen especial se examina un periodo limitado de tiempo |

1.3.4. Actos Administrativos y Actos de Simple Administración de la CGE

El Acto Administrativo, se lo encuentra definido en el Código Orgánico Administrativo (COA) así:

“Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo”. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En este artículo se señala que “la declaración unilateral de la voluntad” se considera de la siguiente forma: al hablar de acto, se debe entender como una exteriorización de la voluntad, de manera única por la administración. Siguiendo este pensamiento, y, a decir de Manuel María Díez, el Acto Administrativo es “la manifestación de la voluntad, deseo, conocimiento o de declaración de juicio, realizado por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad reglamentaria” (Diez, 1961, pág. 171). De la misma forma, Marienhoff señala que un acto “unilateral” es “aquel cuya emanación y contenido se deben a una sola voluntad: la voluntad de la Administración Pública (...).” Sin embargo, el mismo autor en sus textos manifiesta que los actos administrativos pueden ser tanto unilaterales como bilaterales. A diferencia de la unilateralidad en la cual la gran mayoría de los autores del Derecho Administrativos concuerdan, los actos administrativos bilaterales, o bien los tratadistas niegan su existencia o bien la limitan al concepto de los contratos celebrados entre los entes públicos. El tratadista Marienhoff (1966), define el acto administrativo bilateral como aquel cuya emanación se debe a dos voluntades. Y ejemplifica con el acto administrativo en cual se le otorga la jubilación a un funcionario público, sostiene que en este caso es indispensable la voluntad del administrado para que se inicie el proceso. Sin embargo, esta posición no es la más aceptada por los tratadistas.

El COA, al señalar que un acto es unilateral de la voluntad, hace hincapié en que, es una potestad exclusiva de la administración pública, sin que exista un acuerdo de voluntades con el administrado.

Del mismo modo, señala que “efectuado en ejercicio de la función administrativa”: es decir es desempeño de un punto o cargo público. De acuerdo con la C.R.E., la función ejecutiva o administrativa está compuesta por el Presidente y el

Vicepresidente, así como todo el gabinete de gobierno y las instituciones que lo conforman. Sin embargo, hay que aclarar que esta facultad no de expedir actos administrativos es exclusiva para la función ejecutiva, sino que los puede emitir cualquier entidad pública, en ejercicio de sus funciones. Debido a que este es el medio idóneo mediante el cual la administración se comunica con sus administrados.

Siguiendo el hilo de este artículo *ibidem*, señala que produce efectos jurídicos individuales o generales. El tratadista Marienhoff (1966), menciona que, al momento de producir efectos jurídicos, se refiere a que trasciende de la esfera interna de la administración pública, a diferencia de los actos de simple administración que se extinguen al interior de las instituciones públicas.

Por otro lado, la Corte Constitucional de Colombia (2000), indica que el acto administrativo es:

“La manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”. (sentencia No. 1436/2000).

Criterio muy acertado para tener en cuenta al momento de realizar el Control Gubernamental. Así mismo se hace referencia a efectos generales o individuales del acto administrativo. El tratadista Gordillo (2011), establece que hay una distinción entre estas dos, los primeros (generales) dice que son actos reglamentarios “Al observar esta diferencia caemos inmediatamente en la idea de que los primeros no son otros que los reglamentos administrativos (o sea, las normas generales dictadas por la administración), y que, al igual que los contratos administrativos, tienen su

propia denominación específica y su propio régimen especial, que la diferencia de los demás actos de la administración.” Mientras que los individuales generan efectos para un administrado en particular.

También se debe destacar en el artículo en referencia que el artículo “siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa.” En este sentido menciona que los actos administrativos como tal deben de forma *sine qua non* producir efectos jurídicos, y que estos de aquí derivan del acto como tal y que a diferencia de los actos normativos que no se extinguen, el acto administrativo termina con su cumplimiento.

García de Enterría y Ramón Fernández, definieron al “Acto Administrativo como cualquier declaración jurídica que se realiza de manera unilateral y ejecutiva por la que cual la administración crea, reconoce, modifica y extingue situaciones jurídicas subjetivas” (Martínez, 2012, pág. 195).

A decir de Dromi el Acto Administrativo de una “declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa” (Dromi, 1998, pág. 200). Como vemos, en los conceptos citados existen puntos en común. Todos los conceptos llegan a la conclusión de que estos actos establecen la manifestación o declaración unilateral de la voluntad de la Administración Pública. Además, se apuntala que estos actos tienen que producir efectos jurídicos en los administrados y que, desde luego, es un ejercicio de la potestad pública.

Por lo tanto, es imprescindible mencionar la idea de que no todas las formas en las que la administración se manifiesta, o expresa su voluntad constituyen un acto administrativo como tal. Estos actos tienen que cumplir determinados requisitos para que se configuren como tal. De acuerdo con el COA son, estos requisitos son:

competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación (se explicará en más detalles en el segundo capítulo).

Dentro de estos conceptos, existen dos criterios para definir al acto administrativo, el criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial). Acorde al criterio orgánico, los actos administrativos se realizan únicamente por los órganos administrativos del poder público y no por otros. De conformidad con este criterio, manifiesta que los órganos legislativos y judiciales no podrían emitir actos administrativos.

Cabe resaltar que, este criterio hoy en día es considerado insuficiente y, por tanto, erróneo. En contraste, tenemos al criterio material, éste atiende la naturaleza interna de los actos mismos. Asimismo, desvirtúa el criterio anterior y sostiene que; sin importar la naturaleza, todos los órganos que manejan o ejercen poder público pueden emitir de actos administrativos.

Por otro lado, tenemos la figura jurídica de actos de simple administración. A decir de Dromi, este se define como “la declaración unilateral interna o interrogantica, realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta (Dromi, 1998, pág. 282).

El COA (2017) lo define como “toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta” (art. 120). De esta manera, esta manifestación de voluntad es para mantener un correcto y óptimo funcionamiento de la Administración Pública, o para formar la voluntad de un acto administrativo.

Existen marcadas diferencias entre los Actos Administrativos y los Actos de Simple Administración. Los efectos jurídicos no son los mismos, ni los sujetos a los que van dirigidos tampoco lo son, por esto es importante distinguir los unos de los otros. Mientras que el Acto Administrativo busca producir efectos jurídicos a los administrados, el acto de simple administración está principalmente dirigido a los servidores de la administración.

De acuerdo con Jorge Danos (2003) los actos de simple administración o actos de trámite:

“Son actos instrumentales para el dictado de otro acto administrativo final, al que preparan y hacen posible; son actos destinados a ser asumidos o modificados (absorbidos) por un acto decisor posterior, que sirven para impulsar el procedimiento, y a diferencia de los actos definitivos no ponen término al procedimiento administrativo porque carecen de contenido decisorio y voluntad resolutive sobre el tema de fondo” (pág. 37).

Según el criterio del Jaramillo (2003) los actos de simple administración se los entiende como:

“Las actividades legales de carácter consultivo y preparatorio que se ejecutan de forma interna o entre órganos del sector público, semipúblico o privado con finalidad social o pública, que sirven de instrumentos vinculantes para preparar y expresar la voluntad administrativa” (pág. 3).

En contrapuesta, Ortega manifiesta que “Los actos de simple administración son los que materializan el procedimiento de formación de la voluntad administrativa para que esta finalmente se exprese a través de un acto administrativo” (Ortega, 2018, pág. 65). Dromi (1998) decía que el acto de simple administración es "toda declaración

unilateral interna o Inter orgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos individuales en forma indirecta." Por otro lado, Carlos Díaz (2016) menciona que los actos de simple administración son aquellas actuaciones realizadas por los funcionarios públicos que al interior de la institución. Siguiendo su hilo de pensamiento, se sostiene que estos actos son dictados en forma previa a una decisión administrativa con carácter técnico y vinculante.

Así mismo, en el ERJAFE (2002) menciona que el acto de simple administración es:

"Toda declaración unilateral interna o inter orgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia" (artículo 70).

Del mismo modo, el COOTAD (2010) señala que "Por actos de simple administración se entenderán aquellos actos jurídicos de la administración pública que no crean, modifican ni extinguen derechos subjetivos" (artículo 364).

Dentro de los actos de simple administración, encontramos a los dictámenes e informes, que se encuentra en el COA (2017) en el que señala:

"El dictamen y el informe aportan elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa. Cuando el acto administrativo requiere fundarse en dictámenes o informes, en estos estará expresamente previsto el ordenamiento jurídico, como parte del procedimiento. Únicamente con expresa habilitación del ordenamiento jurídico, un órgano administrativo puede requerir dictámenes o informes dentro de los procedimientos administrativos" (artículo 122).

Por otro lado, en el ERJAFE (2002), dice “Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este Estatuto y la Ley respectiva” (artículo 77).

En el mismo ERJAFE (2002), se refiere a la impugnación y menciona que: “Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. (...)” (artículo 74). En conclusión, los actos de simple administración son aquellos que se dan dentro de los diferentes organismos del sector público para que exista un mejor manejo de los asuntos internos de cada dependencia y pues por regla general no sería impugnables, salvo excepciones.

CAPÍTULO II ELEMENTOS INDISPENSABLES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA CGE

2.1. Competencia, Objeto, Voluntad, Motivación y Procedimiento:

De acuerdo con Zabala, “el acto administrativo es una herramienta, es el medio o instrumento por el que se ejercitan las potestades que la ley asigna a las administraciones públicas para que éstas puedan operar y construir o reconstruir la realidad satisfaciendo el interés público” (Zabala, 2011, pág. 127)

A decir de Bocanegra:

“La afirmación de que una determinada actuación administrativa constituye un acto administrativo implica inexcusablemente la aplicación de los criterios primarios y seguros en relación con el procedimiento de su formación, con su validez, con su eficacia o su revisión, de manera que permitan conocer con exactitud cuáles son las reglas del juego”. (Bocanegra, 2005, pág. 18)

En este sentido, para que un acto emanado por la Administración Pública sea considerado un acto administrativo tiene que cumplir con una serie de elementos que son indispensables para su validez.

2.1.1. Competencia:

La competencia se puede definir como “el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente” (Dromi, 1998, pág. 241). A su vez, el tratadista Pérez (2006) aporta que: “La competencia es el conjunto de facultades que un agente puede legítimamente ejercer” (pág. 126). Entonces, el término “Competencia”

dará así la medida de las actividades que de acuerdo con el ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo. Por otro lado, Guillermo Cabanellas define a la competencia como la “Atribución, potestad, incumbencia. Idoneidad, aptitud. Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto.” (Cabanellas de Torres, 2008, pág. 62)

Marienhoff señala que “La competencia concede a la autoridad dotada de ella el derecho (y, naturalmente, también el deber) de hacer uso de las facultades implicadas en la competencia. Pero la autoridad no tiene un derecho a la competencia” (Marienhoff, 1966, pág. 304). En concordancia con este autor existen tres principios básicos que rigen a la competencia:

1. La incompetencia es la regla y la excepción es la competencia, ya que, esta última debe estar de manera expresa en una ley.
2. La competencia es de carácter improrrogable, debido a que surge de una norma y no de la voluntad del órgano, ni de los administrados o funcionarios públicos. Por esto, resulta improrrogable, en otras palabras, al realizar una prórroga de competencia, caería en la incompetencia ya que el órgano como tal estaría actuando sin la misma y no habría respetado la normativa.
3. La competencia es adjudicada al órgano, mas no a la persona titular del mismo. El funcionario como tal solamente ejecuta la competencia que tiene el órgano, es decir debe limitarse al ejercicio de esta.

Por otro lado, en el COA (2017) se define a la competencia como “la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, debido a la materia, el territorio, el tiempo y el grado” (artículo 65). Por ende, podemos decir que

la competencia es el límite que otorga la ley para que la administración pública y sus representantes puedan actuar.

El jurista Dromi plantea que la competencia como tal es la base sobre la cual las actuaciones de la Administración Pública gozan de validez, “la competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no estatal; es decir, puede haber actos estatales cumplidos con incompetencia” (Dromi, 1998). Por lo que, el hecho que no se ejerza esta competencia constituye una falta con consecuencias y efectos jurídicos que pueden caer tanto sobre la institución estatal como en el funcionario público. Sin dejar de lado las consecuencias civiles o penales que puedan generar esta omisión.

En Ecuador la competencia nace de la Constitución y de la ley, debido al territorio, el tiempo y el grado:

- a) Por el territorio: también es llamada como la competencia horizontal. Se trata de la potestad que tiene un órgano administrativo o un funcionario público para ejercer sus funciones respecto a la circunscripción del Estado.
- b) Por el tiempo: hace referencia al hecho, la temporalidad en el ejercicio de las potestades administrativas y la legitimidad de acción. En palabras del tratadista Gordillo (2011) esta competencia “se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado” (pág. 45). Por lo tanto, la inacción por parte de la administración pública hace que se pierda esta potestad.
- c) Por el grado: la función administrativa funciona de manera jerárquica. En otras palabras, se organiza de manera vertical para administrar al Estado. Esto se traduce en que existen órganos subordinados a otros. Esta competencia hace referencia a esta relación de subordinación que existe entre el órgano inferior y el superior. Es decir, que de acuerdo con la posición que ocupen en

el rango administrativo, tendrán determinadas potestades para actuar y esta competencia es improrrogable, ya que la competencia solamente surge de la ley.

A lo señalado se debe advertir que la competencia también se fija por la materia. Dentro del tópico de la competencia, hay que hacer una distinción con el ejercicio de la función. Mientras que la competencia atribuye actividades que el órgano puede hacer de manera legítima, el ejercicio de la función es una lista de actividades que el órgano público puede realizar. Por lo tanto, existe la posibilidad que un órgano actúe bajo el ejercicio de sus funciones, pero sin competencia y a decir de Gordillo “El que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, pero ello no quita que el acto sea estatal y pueda acarrear la responsabilidad de la administración” (Gordillo, 2011, pág. 527).

2.1.2. Voluntad:

La voluntad es un concepto muy propio del derecho civil, en el sentido de que para que exista la voluntad debe estar ligada a una persona, ya que conlleva la facultad de decidir o la manifestación, la capacidad que tiene una persona natural o jurídica de decidir y que esta decisión produzca efectos jurídicos. Por lo que, de acuerdo con Pérez:

“La voluntad administrativa es una transposición inadecuada de este elemento del Derecho Privado, caracterizado por la premisa de la “autonomía de la voluntad”, la cual no se puede producir en el Derecho Público, ya que la actuación administrativa se encuadra necesariamente en la competencia” (Pérez, 2006, págs. 435-436)

El concepto de voluntad que se aplica en el derecho administrativo es muy propio de esta rama y no se asemeja en absoluto al concepto de voluntad en el derecho civil. A

diferencia del resto de ramas del derecho, en esta, los actos administrativos se desarrollan de manera unilateral.

Según el abogado Gordillo es un “proceso objetivo a través del cual uno o varios individuos humanos producen o aportan las partes intelectivas de una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa” (Gordillo, 2011, pág. 7).

En este concepto concurren dos elementos fundamentales: el elemento subjetivo que refiere a los sujetos que intervienen y el elemento objetivo que se trata del proceso en el que intervienen las partes. La voluntad administrativa se expresa por un procedimiento reglado que da origen al acto administrativo, como se lo encuentra plasmado en el ERJAFE (2002):

“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.” (artículo 64)

De ahí, podemos decir, que la voluntad se traduce en la prerrogativa legal que se le ha otorgado a la administración pública para poder decidir sobre asuntos que recaigan en su competencia. Se podría decir que es el ánimo que tiene para ejecutar el acto administrativo en conformidad con la ley y respetando el marco de las competencias.

2.1.3. Motivación:

De acuerdo con Marienhoff se puede definir a la motivación como “La exposición de los motivos que indujeron a la administración pública a la emisión del acto” (Marienhoff, 1966, p. 323). Del mismo modo, señala una importante diferencia entre

motivación y motivo. La motivación se equipará a los considerandos o a la justificación de acto, mientras que el motivo está más asociado a la causa jurídica.

Asimismo, este autor plantea que la motivación “tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto emitido, acreditando que, en el caso, concurren las circunstancias de hecho o derecho que justifica su emisión.” (Marienhoff, 1966, pág. 326). Por otro lado, encontramos que “La motivación es la adecuación lógica del supuesto de derecho a la situación subjetiva del administrado” (Universidad Juventus, 2022, pág. 1), de igual manera Dromi (1989) plantea que:

“La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan “considerandos”. La constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.” (pág. 105)

La Suprema Corte de México sostiene que la motivación conlleva señalar o exponer en el caso concreto las razones por las cuales se han aplicado aquellas pautas.

Como vemos, la motivación es un elemento esencial dentro del acto administrativo, ya que le da al administrado la forma efectiva de conocer las razones con las que se justifica la decisión tomada en el acto. Esta explicación o justificación debe contener la información necesaria, esto incluye la legal, doctrinaria, antecedentes de hecho y demás que sean necesarias para la debida justificación y al omitir este elemento el acto se vuelve nulo y arbitrario. Este principio se lo encuentra plasmado en la Constitución en el artículo 76 en numeral 7:

“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.” (Asamblea Constituyente, 2008)

Hay que tomar en cuenta que la motivación no sólo recoge las razones puestas de manera antojadiza, sino que tiene que ser lo suficientemente clara y concisa para que explique el razonamiento de la autoridad para tomar esa decisión, en conformidad con la Corte Constitucional señala que:

“De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.” (Corte Constitucional, 2021, sentencia 1158-17-ep/21).

2.1.4. Procedimiento:

Dentro del derecho administrativo, de acuerdo con Pérez (2006), es necesario realizar una distinción clara entre dos conceptos, proceso y procedimiento. La primera hace referencia al desarrollo de la causa en sede judicial, mientras que el segundo término hace referencia a los diversos actos que se realizan al interior de la sede administrativa (p. 436). Una de las diferencias más grandes entre el derecho administrativo y el derecho civil, es que mientras el segundo, en su mayoría se perfecciona con el consentimiento de las partes. En el primero, se perfecciona a través de las solemnidades y formalidades.

En concordancia con Marienhoff, la forma tiene dos acepciones, la primera la concibe como “la que debe observarse al emitir el acto, exteriorizando concreta y definitivamente la voluntad de la Administración Pública” (Marienhoff, 1966, pág. 301). Y la segunda que hace referencia a “un conjunto de formalidades o requisitos que deben observarse o respetarse para llegar a emitir el acto” (Marienhoff, 1966, pág. 301).

Partiendo de esta premisa el autor resalta la diferenciación entre el concepto de forma y formalidades, ya que, ambos responden a naturalezas distintas. En el primer caso, al hablar de “forma” hace referencia a la exteriorización de la voluntad de la administración pública, con palabras de Marienhoff “la forma es la manera cómo se expresa o cómo se traduce el contenido” (Marienhoff, 1966, pág. 305). Mientras que la segunda, son los requisitos por cumplirse para que se pueda dictar el acto, bien sean anteriores o concomitantes (están ligadas al procedimiento administrativo, es decir a su validez) y posteriores (están asociada a la eficacia del acto).

Todos los actos están revestidos con solemnidades que tiene como finalidad proteger el interés general. Estas formalidades se las puede es clasificadas en tres grupos:

- a) Formalidades Esenciales: son aquellos requisitos necesarios para que el acto exista. Sí faltan, no puede jurídicamente decirse que el acto exista; es, por el contrario, inexistente.
- b) Formalidades sustanciales: son necesarias para la validez del acto. Sin éstas, el acto existe, pero es nulo.
- c) Formalidades integrales: son las exigidas para la eficacia de un acto, estas no afectan a su existencia ni su validez, sin embargo, mientras no se cumplan obstaculizan que el acto produzca su efecto. Es decir, el acto existe y es válido; pero no produce sus efectos.

En otras palabras, el procedimiento se puede considerar como la sucesión de actos ordenados siguiendo el dictamen de las leyes. Nace como una garantía para que el administrado tenga seguridad jurídica de que el procedimiento está recibiendo el debido proceso, incluye la oportunidad procesal para que manifieste sus razones motivadas, pruebas y demás.

En consecuencia, si es que se llegase a vulnerar el procedimiento, no tendría ninguna validez y caería en la nulidad. De tal forma, García de Enterría sostiene que: “El procedimiento administrativo no es la expresión de un supuesto acto complejo, unitario. No es, en efecto, un acto complejo, es más bien un complejo de actos” (García de Enterría & Fernandez, 1990, pág. 560).

El procedimiento hace referencia también sobre cómo debe expedirse los actos administrativo en este sentido en el artículo 123 del ERJAFE: se indica:

- “1. Los actos se producirán por escrito;
 2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación de este la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido;
 3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualizan los efectos del acto para cada interesado.”
- (Asamblea Nacional, 2002)

2.2. La pérdida de la Competencia debido al tiempo:

De acuerdo con el COA (2017) la competencia es “la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, debido a la materia, el territorio, el tiempo y el grado.” Es decir, la prerrogativa o la facultad que la ley otorga para que se ejecute el poder. La competencia y el principio de legalidad son dos conceptos que van de la mano, esto debido a que la administración puede realizar sólo lo que la ley le permite, entonces, la competencia es el medio a través del cual se materializa el principio de legalidad. Por tanto, resulta coherente el principio doctrinario traído por Marienhoff, la incompetencia es la regla y la competencia la excepción.

Por otro lado, en el artículo 84 del ERJAFE dice:

“La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto” (artículo 84).

Aquí se señala que la competencia administrativa es la medida de la “potestad”, con este término se hace referencia a un cúmulo de funciones o acciones que se deben ejecutar. En otras palabras, la ley determina las atribuciones de cada organismo. Esto es, qué tiene que hacer, en dónde y cuándo, además de dotarlo del poder necesario para llevarlo a cabo. En palabras de Jorge Zabala:

“Los órganos son los encargados en forma permanente, como parte integrante del estado, a través de personas físicas, de formar, interpretar y ejecutar la voluntad administrativa. Órgano no es la persona física que realiza las funciones del ente que se trate, ni el ámbito de competencias a este asignado por sí solas, sino la combinación unitaria de ambos sumando a este, los medios materiales que

servieron para funcionamiento. Luego, se tratan de 3 elementos que integran una unidad: “el objetivo” qué son las competencias o atribuciones; “El subjetivo” que es la persona o personas encargadas de su funcionamiento y “el material” quién está conformado por su infraestructura”. (Zabala, 2011, págs. 456-457)

Siguiendo este hilo de pensamiento, en el artículo 85 del ERJAFE señala cuales son los criterios para que se distribuya la competencia en el derecho administrativo:

La competencia administrativa se mide en razón de:

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

Al hablar de competencia de acuerdo con la materia, en este caso hace referencia al interés público que la administración tendrá que satisfacer, como; salud, educación, seguridad, entre otras. Al hablar de territorio, alude al lugar físico donde puede actuar el órgano administrativo y, por último, el tiempo es el periodo durante el cual el ejercicio de la competencia será válido.

Ahora, en cuanto a la noción sobre la pérdida de competencia, debido al tiempo. Esta premisa se refiere a que, estas potestades sólo podrán ser ejecutadas en un periodo determinado. Específicamente, en el periodo que la ley manifiesta, de modo que, cualquier acto realizado de forma extemporánea carecería de validez. Esta medida rige más que todo, para efectos del no estancamiento sobre los procesos con el paso del tiempo. Es decir, que no se conviertan en procesos latentes, burocráticos. De este modo, se estaría tutelando principalmente a la seguridad jurídica tanto de la administración como de los administrados. Por todo lo analizado, la CGE y cuando emita actos administrativos

de observar cada uno de los requisitos descritos en este trabajo, so pena de incurrir en causal de nulidad.

2.3. La figura jurídica de la Caducidad:

La caducidad es la figura jurídica que en palabras de Ismael Quintana “es la pérdida del derecho propio por no efectuar la conducta exigida o realizar un acto determinado dentro de cierto plazo previsto en las normas jurídicas” (Quintana, Manual de Responsabilidades en la Contraloría General del Estado, 2021, pág. 111). Por otro lado, Caballero menciona que no existe como tal, una definición unívoca del término de caducidad mencionando que se puede hacer referencia a un plazo fatal o no interrumpible de tal manera que la falta de cumplimiento tiene como consecuencia la nulidad. (Caballero Sánchez, 2007, pág. 81) De la misma forma Dromi señala que la caducidad es “La caducidad administrativa hace alusión, en general, a un modo de extinción anormal de los actos administrativos en razón del incumplimiento por parte del interesado de las obligaciones que aquellos les imponen” (Dromi, 1985, pág. 165). La caducidad como tal es la conclusión del acto administrativo o del proceso, debido a que existe el abandono en este caso por la administración y por esta inactividad el proceso llega a su fin de forma extraordinaria.

La caducidad no es una figura que ataca a la juridicidad del acto administrativo, sino por el contrario, genera la extinción del acto administrativo. En otras palabras, caducidad no implica sanción por vicio o invalidez del acto, su definición más bien se relaciona con la inacción de la administración. De tal manera Juan Carlos Flores, dice “la caducidad en el derecho público a diferencia del derecho privado es un mecanismo extintivo que tiene por objeto garantizar la correcta satisfacción del interés general” (Flores, 2017). Del mismo modo, Caballero señala que, esta figura nace para precautelar el interés general, ya que, obliga a la administración pública a que las acciones y recursos

sean atendidos en un plazo legalmente establecido y no se queden estancados los procedimientos.

Para no generar confusión, es menester analizar el concepto de prescripción, de acuerdo con el Código Civil (2005) suscribe que:

“Un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción.”
(artículo 2392).

La prescripción se puede presentar de dos formas, ya sea de forma adquisitiva o forma extintiva. La primera hace referencia al modo de adquisición del dominio de derechos reales. Mientras que la prescripción extintiva hace referencia a la pérdida de los derechos sustantivos por el paso del tiempo y el nulo ejercicio de estos. Cuando se habla de prescripción en el Derecho Administrativo, se hace referencia a la adquisición o pérdida de derechos.

La prescripción en el Derecho Administrativo a decir los autores Verónica Vergaray y Hugo Gómez:

“Consiste en la extinción de la responsabilidad por el transcurso del tiempo, lo que acarrea indefectiblemente la pérdida del ius puniendi del Estado y elimina con ello la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda establecer la existencia de una conducta infractora y aplicar válidamente una sanción al responsable.”
(Vergaray & Gómez, 2009, pág. 436)

Por todo lo indicado, en el caso de las acciones de la Contraloría General del Estado lo haga fuera de lo tramitado un plazo ejecutable en su ley orgánica y el reglamento

a la referida ley, el efecto jurídico sería que opere la caducidad lo cual trae como consecuencia la nulidad de los actos administrativos.

CAPÍTULO III. LA NULIDAD DE ORIGEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS POR LA CGE

3.1. Causales tercera y cuarta de nulidad del Acto Administrativo previsto en el Artículo 105 del COA:

Los actos administrativos, se pueden extinguir de ya sea de forma ordinaria o extraordinaria. De acuerdo con el COA, hay tres formas en las que el acto se extingue de forma extraordinaria por: revocatoria, nulidad y caducidad.

Para continuar, es necesario comprender el concepto de vicio. Se considera como aquella anomalía que afecta o bien a la validez o la eficacia del acto jurídico. De tal manera que, si esto afecta a la eficacia, tenemos como consecuencia la revocatoria; mientras que, si afecta a la validez, esta de aquí tiene como consecuencia la nulidad. De esta forma, en la legislación ecuatoriana se menciona que para que un acto jurídico sea válido tiene que cumplir con los requisitos mínimos que exige la ley. En este caso, el COA en artículo 99 señala que todo acto administrativo debe cumplir como mínimo con: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación.

Con el antecedente planteado, se hará hincapié en la nulidad como forma extraordinaria de extinción de los actos administrativos. A decir de Besa:

“La nulidad es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado “(Besa, 1949, pág. 4).

Por otro lado, el tratadista Salvat, define de la siguiente forma a la nulidad:

“Cuando la ley, en virtud de causas existentes desde el origen mismo del acto, le priva de los efectos que regularmente debía producir. La nulidad presenta tres caracteres que sucesivamente estudiaremos: el primero, responde a causas originarias, el segundo, en virtud de ellas el acto deja de producir sus efectos y tercero constituye una sanción impuesta por la ley” (Salvat, 1932, pág. 702).

Como vemos, la nulidad es la consecuencia más severa ante cualquier vicio en los actos administrativos, dentro de los cuales tenemos en el artículo 105 como causales a mencionar en los siguientes apartados.

3.1.1. 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo:

Como ya nos referimos, la competencia en concordancia con el COA (2017) dicta “La medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, debido a la materia, el territorio, el tiempo y el grado.” (artículo 65). Se puede inferir que la competencia, es la prerrogativa o la facultad que el Estado o la ley, le ha concedido a un órgano para realizar determinadas acciones.

A esto, el tratadista Gordillo aporta que, la competencia en cuanto a la materia comprende “las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos” (Gordillo, 2011, pág. 38). Por lo tanto, al hablar de incompetencia debido a materia, hace referencia al actuar del órgano.

La incompetencia debido a materia puede manifestarse de tres formas diferentes, la primera respecto a las razones judiciales. En este caso, Gordillo manifiesta que ocurre cuando “la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por la justicia” (Gordillo, 2011, pág. 38).

La segunda es respecto a la incompetencia respecto a materia legislativa. En este sentido, el autor Gordillo dice que está de aquí se da “cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso” (Gordillo, 2011, pág. 38) Esto hace referencia al escenario donde la administración pública se arroga competencias que, por su naturaleza le pertenecen al área legislativa, Por ejemplo, un juicio político a una Autoridad Pública.

La última incompetencia que plantea Gordillo (2011) hace referencia a otros actos administrativos, en este sentido, alude a que serán incompetentes aquellos actos administrativos que se hayan implementado de manera arbitraria. Es decir, los actos administrativos que fueren tomados, por ejemplo, en materia de deporte por un ente encargado de la regulación de la vialidad. En este panorama, se estaría saliendo de sus competencias ya que no goza sobre esta facultad, en cuanto a la regulación de esta materia.

En este sentido, Dromi (1989) señala que la administración pública según la actividad que realiza puede ser:

- **Activa:** “Es la actividad decisoria, resolutoria, ejecutiva, directiva u operativa de la Administración, también llamada función administrativa propiamente dicha. El dictado de un reglamento, el nombramiento de un agente público, la disolución de una reunión pública, el barrido y limpieza de una calle, etc., son actos de la denominada Administración activa. Esta actividad se caracteriza por ser permanente, es decir, se ejerce en todo momento sin solución de continuidad.” (Dromi, 1989, pág. 150)
- **Consultiva:** Es la actividad administrativa desplegada por órganos competentes que, por medio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la función administrativa activa, facilitándoles elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa. El obrar estatal es tan amplio, que para poder decidir con acierto en las distintas y complejas materias, es necesaria la colaboración de órganos de consulta técnicos y profesionales que asesoren a los órganos activos sobre los actos o resoluciones que deben adoptar en el cumplimiento de sus funciones. (Dromi, 1989)
- **De control:** La función administrativa de control es, pues, aquella que tiene por objeto verificar la legalidad de la actividad administrativa. Sobre este concepto, advertimos: 1) que la "legalidad" implica la "legitimidad" y el "mérito u oportunidad", y 2) que excluye el control que sobre la actividad administrativa ejercen los órganos del Poder Judicial. (Dromi, 1989)

Por otra parte, el artículo plantea la incompetencia por territorio a palabra de Gordillo “comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función: excederlo determina la nulidad o inexistencia del acto”. En este sentido, el COA (2017) en el plantea que el Ecuador se maneja con un principio de descentralización, en el que

se menciona que “El Estado propende a la instauración de la división objetiva de funciones y la división subjetiva de órganos, entre las diferentes administraciones públicas” (artículo 8). Esta división se ve reflejada en la forma en la cual se ordena el territorio ecuatoriano, que es en provincias, cantones, distritos, etc. Por lo tanto, al hablar de incompetencia territorial, hay que hacer mención que en algunos de los actos administrativos que se expiden están ligados al territorio. Por ejemplo, un ministerio zonal no pudiera expedir actos administrativos que vinculen a todo el territorio nacional.

Por último, el artículo antes referido con el Reglamento de la LOCGE con la incompetencia debido al tiempo. En este sentido, Gordillo señala que se refiere a los casos en los que un órgano tiene determinadas facultades concedidas durante un lapso determinado de tiempo (Gordillo, 2011). De tal modo que si el acto ejecutado, fuera de este periodo carecería de competencia y como consecuencia el mismo sería nulo y de ninguna validez. Sin embargo, el mismo autor añade que la consecuencia de realizarlo fuera de tiempo no siempre debería acarrear la nulidad o la inexistencia, que en algunos casos por más que se hayan realizado fuera de tiempo son igualmente válidos y ejemplifica que tal es el caso del momento en el que se tiene que realizar el envío de lo actuado al superior. En este sentido, a decir del mismo autor, es muy importante tener claro el plazo planteado y la finalidad. Esto se verá con más detalle en la siguiente causal.

3.1.2. 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado:

Como se advirtió en el apartado anterior la competencia debido al tiempo es el periodo que la ley otorga para que se ejecute determinado acto administrativo. para una mejor comprensiva, hay que tomar en cuenta que se define como término y plazo. Si se hace un análisis gramatical se llega a la conclusión de que, por su significado, ambas determinan un periodo de tiempo en específico, no hay acepciones diferentes entre ellas.

Por lo tanto, ¿por qué en las ciencias jurídicas se hace tal distinción? Dentro de la esfera jurídica del país existen varias normas que han intentado establecer sus diferencias, sin llegar a óptimos resultados. El Código de Procedimiento Civil, cuando estaba en vigencia, indicaba que “no correrán los términos en los días feriados y de vacante, y las juezas y jueces no podrán habilitarlos por ningún motivo” (artículo 312). Dando a entender que “término” es contado únicamente los días laborales, plazo por otro lado, es contado todos los días, días calendario. El espíritu de este artículo fue trasladado al COGEP (2015) se entiende por término al tiempo que la ley o la o el juzgador determinan para la realización o práctica de cualquier diligencia o acto judicial. Los términos correrán en días hábiles (artículo 73). Y en el Código Civil que dice “Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo (..)” (artículo 33). Es decir, que, hasta aquí, en la esfera del derecho privado está claro. Al referirse a términos son los días hábiles y plazo son todos los días calendario.

Sin embargo, esta claridad con la que goza el derecho civil en la esfera del derecho administrativo resulta sombría. A diferencia del Código Tributario (2005) donde se establece de manera clara que “Los plazos o términos en años y meses serán continuos y fenecerán el día equivalente al año o mes respectivo (...) los plazos o términos establecidos por días se entenderán siempre referidos a días hábiles” (artículo 12).

Dentro del COA (2017) existe en la primera disposición transitoria una breve referencia al respecto:

“Los términos y plazos fijados en días, meses o años que hayan iniciado su decurso con anterioridad a la vigencia de este Código, se computarán y fenecerán de

conformidad con el ordenamiento jurídico que les resulte aplicable, según la fecha de inicio” (disposición transitoria primera)

Sin embargo, como tal el COA no define de manera clara y precisa cómo se debería contabilizar esto y deja abierta una gran brecha para que surjan discrepancias al respecto. Por otro lado, plantea una definición escueta al respecto “Los términos sólo pueden fijarse en días y los plazos en meses o en años. Se prohíbe la fijación de términos o plazos en horas” (COA, 2017, artículo 158), en el artículo subsiguiente, dice que se excluirán del cómputo de términos los feriados y fines de semana, es decir los sábado y domingos.

Sin embargo, la aplicabilidad de esto en el Código es nula, ya que por ejemplo en el mismo se código plantea:

“(…) El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.” Y de manera continuada en el tercer inciso del mismo artículo señala “(…) puede realizar las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones en el plazo de tres días”. Caso similar se da en el artículo 197 “(…) concederá un plazo, no mayor a cinco días (…)” así mismo en el artículo 141 “(…) su inadmisión a trámite en el plazo de diez días contados a partir de su recepción” (COA, 2017).

En conclusión, ¿cómo se va a poder subsanar esta incertidumbre respecto a los términos que emplea la norma? Sin duda, es una cuestión que el derecho administrativo ecuatoriano no ha podido resolver. Empero, de acuerdo con la naturaleza y a la simple lógica el término y el plazo en cuestiones administrativas deberían ser en días hábiles, ya que la administración como tal se mantiene en actividad esos días.

Continuando con este hilo se tiene comprender el significado de “actos gravosos para el interesado” de acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua (2022) en su

segunda acepción señala que es algo “Que ocasiona gasto o menoscabo” de la misma forma García de Enterría señala que: “los actos gravosos son aquellos que afectan el patrimonio jurídico cargando una nueva obligación” (García de Enterría, 1990).

Uno de estos casos puede ser el acto administrativo con el cual se ejecutan e imponen las multas que están establecidas en los contratos. Como se ve, en este caso si se produce un gravamen al administrado y, por lo tanto, ejecutarse fuera del tiempo establecido, resultaría nulo.

3.2. El Acto de Simple Administración en el Artículo 26 de la LOCGE:

Para efectos de una mayor comprensión del acto de simple administración, he llevado a cabo un ejercicio práctico relacionando su definición con la de acto administrativo, para establecer su distinción:

| Acto Administrativo | Acto de Simple Administración |
|---|--|
| Es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. | Es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta. |

Dentro de estas dos figuras que recaen sobre actuaciones administrativas, encontramos una única semejanza, esto es, la comunicación de forma unilateral de la voluntad de la administración.

Sin embargo, por su propia naturaleza las dos actuaciones distan mucho. Para comenzar, mientras que las primeras son dirigidas a comunicar la voluntad de la administración a los administrados, la segunda está dirigida a la misma administración. Otra gran diferencia es que, mientras el acto administrativo tiene efectos generales o individuales y se agota con su cumplimiento, el acto de simple administración únicamente produce efectos individuales. Además, en los primeros estos efectos se producirán de forma directa y contraposición de los segundos estos de aquí producen efecto de forma indirecta. Sin dejar de mencionar que una gran diferencia para que una actuación por parte de la administración sea tomada como un acto administrativo válido tiene que cumplir con los requisitos que plantea el artículo 99 del COA.

Es pertinente ahora realizar un análisis pormenorizado del artículo 26 de la LOCGE y resolver la naturaleza del informe de contraloría, esto es, concluir si estamos frente a un acto administrativo o un acto de simple administración. La norma en referencia establece:

“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” (COA, 2017, artículo 26).

Para comenzar se tiene que entender que el informe de auditoría gubernamental es el resultado del trabajo de la auditoría, este informe acogerá aquella información en la que se demostrará el uso de los recursos públicos Este documento está compuesto por:

- Estados financieros, notas de los estados financieros e información complementaria;
- Carta de control interno;
- Comentario sobre los hallazgos;
- Conclusiones y recomendaciones;
- Criterios de evaluación;
- Opiniones sobre los resultados obtenidos; y,
- Cualquier otro aspecto que considere necesario respecto al informe.

De acuerdo con el manual expedido por la Contraloría General del Estado del año 2003 respecto a las auditorías gubernamentales, donde señala que estas deben constar con determinados requisitos, entre los cuales encontramos:

- Utilidad y oportunidad: hace alusión al parámetro en llevar acabo un informe detallado y técnico de los objetivos que se han establecido. Y el informe como tal tiene que respetar los plazos y términos que han sido designados, que en caso contrario no prestaría de utilidad para las partes involucradas.
- Objetividad y perspectiva: los informes deberán ser netamente técnicos y sin ningún tipo de sesgos, ni opiniones de índole personal, serán imparciales. Se incluirá información precisa, clara y desde una perspectiva técnica.

- **Concisión:** alude que los informes tienen que ser completos y concretos. El informe deberá ser elaborado de manera inmediata después de las conclusiones del trabajo de campo, para que sea más efectivo.
- **Precisión y Razonabilidad:** Este requisito es adoptado debido a la necesidad en formar un criterio técnico, imparcial y equitativo.
- **Respaldo adecuado:** hace alusión en que los comentarios que se realicen deberán ser debidamente justificados, se deberá tener la suficiente evidencia que sostenga el hecho que se alega.
- **Tono constructivo:** es importante recalcar que el objetivo de las auditorías es conseguir que las actividades y el uso de los recursos públicos se hagan de acuerdo con la ley vigente. Por lo tanto, es muy importante, que los informes sean elaborados con el propósito de mejorar lo que se ha dispuesto con la finalidad de construir una administración pública que vaya en armonía a lo que establece ley.
- **Importancia del contenido y claridad:** no se tiene que incluir elementos que distraigan al lector del fundamento central del mismo. Y se tendrá que presentar con la debida precisión y nitidez del caso, ya que este informe puede ser usado por otros funcionarios, no solamente los que están asociados al examen.

El informe de auditoría gubernamental está compuesto por varias partes, sin embargo, uno de los elementos más importantes son los comentarios, conclusiones y recomendaciones.

- **Comentarios:** es una descripción minuciosa de los hallazgos importantes que se han obtenido en el proceso. Estos deben ser descritos de manera objetiva,

imparcial, técnica y con un orden lógico ya que constituyen los cimientos para elaborar la conclusión.

- **Conclusiones:** incluirán juicios técnicos profesionales que realiza el auditor en base a el estudio y la evidencia que se ha reunido en la auditoría. Las conclusiones hacen referencias a las irregularidades que se han encontrado en el proceso y se podrá crear fundamentos para la debida determinación de responsabilidades.
- **Recomendaciones:** en este apartado se añadirán sugerencias prácticas para poder solucionar los problemas que se han encontrado a lo largo de la auditoría.

Este informe se lo tiene que elaborar en un término 180 días desde que se ha emitido la orden de trabajo, incluida paso, será la aprobación del informe por parte del Contralor del Estado o su delegado.

En cuanto al informe es referencia a un acto administrativo o un acto de simple administración. Es evidente que se trata de una declaración unilateral de la voluntad, sin embargo, desde mi punto de vista dista de un acto administrativo ya que no llega a producir efectos jurídicos inmediatos. Puesto que posteriormente el órgano de control de la conclusión constante en el informe procederá a la predeterminación y determinación de responsabilidad.

3.3. Análisis de la impugnabilidad administrativa y judicial de conformidad con el Artículo 69 de la LOCGE:

El artículo 69 señala:

“Decisiones susceptibles y no susceptibles de impugnación.- Podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, las resoluciones

de la Contraloría General del Estado, que impliquen establecimiento de responsabilidades administrativas y civiles culposas, conforme lo dispuesto en los artículos 45 y 52 de esta Ley” (LOGCE, 2012 Art. 69).

No podrán, en consecuencia, impugnarse los informes de auditoría, de exámenes especiales, los que consistan en dictámenes o informes que le corresponda emitir de acuerdo con la ley, ni las actuaciones que establecieron indicios de responsabilidad penal.

Estado de derechos como el nuestro existen varias herramientas que los administrados pueden hacer uso para expresar su inconformidad respecto a las decisiones que han adoptado las autoridades. Dentro de estas, nos encontramos con la llamada impugnación. sin embargo, sigue la duda de si se establecen recomendaciones en el informe que sean de inmediato cumplimiento se podrían considerar que es un acto administrativo

Para entender esta figura jurídica hay que comprender su etimología, esta deviene del verbo en latín *impugnare* que significa combatir, refutar contradecir. Es decir, es una herramienta que permite al ciudadano refutar a la administración.

De acuerdo con el artículo 69 de la LOCEG, se establece de manera clara y precisa que no se podrá impugnar los informes de auditoría gubernamental y los exámenes especiales, y lo cual no entraría en contradicción con la norma constitucional antes citada toda vez que no se le puede dar la naturaleza de acto administrativo

3.4. Análisis de la Resolución No. 10-2021 de la Corte Nacional de Justicia⁴:

Resolución que se encuentra incorporada en anexos

Dentro de la legislación ecuatoriana, una de las fuentes del derecho son las sentencias de triple reiteración. Las mismas, de acuerdo con el COFJ (2009), son de obligatorio cumplimiento y son necesarios para unificar la jurisprudencia.

En conformidad con lo anteriormente planteado la Corte Nacional ha expedido un criterio jurisprudencial uniforme con respecto y ha señalado que:

“El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad contralora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental esté viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa, o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, están obligados a declararla de oficio o a petición de parte, en aplicación de la garantía de preclusión y del principio de la seguridad jurídica” (Corte Constitucional, caso Caso No. 2547-17-EP).

Con esta resolución, se podría decir que ha quedado resuelto los efectos jurídicos de la inacción por parte la Contraloría General del Estado, respecto a la aprobación tardía de los informes de auditoría. Sin embargo, es una decisión debatible, existen varias premisas que se prestan para corroborar dicha opinión.

. Para comenzar, nos preguntamos: ¿la Corte Nacional se arrogó competencias de la Asamblea Nacional? En este sentido, la caducidad es una figura jurídica que acarrea la nulidad absoluta del proceso como efecto jurídico, en consecuencia, esta debe emanar de la ley propiamente dicha. Es decir, solamente la ley tiene la capacidad de dictaminar qué plazo o término es fatal. De allí que la Corte Nacional carece de esta prerrogativa y, por

lo tanto, no puede arrogarse funciones legislativas para tomar un plazo o término y transformarla en tiempos fatales o de caducidad.

La única caducidad que se tendría contemplado por ley en la LOCGE es la del artículo 71 y en el COA sería la que plantea el artículo 203, de tal modo, que si se quisiera establecer la caducidad como consecuencia jurídica en el artículo 26 se tendría que incorporar mediante la reforma de la ley.

El informe por sí mismo no tiene vinculación jurídica para determinar responsabilidades de los funcionarios públicos, ya que para eso se necesita que exista una resolución que confirme la predeterminación. Hay que entender en forma clara, cuáles son los límites que plantea el artículo 26, este comienza con la orden de trabajo y termina con la aprobación del informe y no más. De ahí que, como ya se indicó, los informes puedan ser usados como base para expedir resoluciones de predeterminaciones siguiendo el procedimiento administrativo.

Lo que la LOCGE (2022) señala que:

“La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa, aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautela o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos” (artículo 52)

En el artículo subsiguiente se señala que la determinación de responsabilidades a los funcionarios públicos, en primera, se encasilla como una facultad única de la Contraloría General del Estado. En consecuencia, para realizar esto, se necesitará como antecedente los resultados de la auditoría gubernamental. Es decir, cuando exista un informe aprobado por el contralor de acuerdo con el artículo 26 de la LOCGE, se iniciará

un nuevo procedimiento para poder determinar responsabilidades a los funcionarios públicos o terceros, de tal modo, que en este proceso sí se expediría en un acto administrativo.

Dentro de esta resolución emitida por la Corte Constitucional, el operador jurídico toma como justificación a su decisión la protección del principio de preclusión y seguridad jurídica. En este sentido, el principio de preclusión definido en la sentencia de la Corte Constitucional (2015) en este sentido que:

“Por el cual las etapas procesales se van cerrando sucesivamente, es decir, la posibilidad de contradicción de las partes en las fases procesales una vez evacuadas, se cierran inevitablemente y no es posible volver atrás, ya que hacerlo implicaría un desbalance procesal entre los contendientes”. (Caso N.º 1344-11-EP) y por otro lado, el principio de cosa juzgada de acuerdo al artículo 16 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano dice que es “la protección otorgada a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derecho y de sus propiedades” la seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales recae el Estado de Derecho, ya que brinda a los ciudadanos una certidumbre y tranquilidad, ya que, en otras palabras, la seguridad jurídica se asemeja al dicho popular de “las reglas claras” (Sentencia N.º 226-15-SEP-CC).

De la misma manera, es necesario realizar un análisis sobre el concepto de caducidad. Como ya se dijo, este término alude a la pérdida de la potestad jurídica por la inacción de las partes en el tiempo que determina la ley, teniendo como consecuencia o efecto jurídico la finalización anormal del proceso en su conjunto. La caducidad, afecta a la acción que se requiere para hacer efectivo un derecho.

En palabras de Oswaldo Lagos menciona que: “La caducidad es aquella extinción que afecta a un derecho que por su naturaleza tiene una duración determinada por el sólo

transcurso del tiempo fijado para su vigencia, sin necesidad de requerir un hecho externo que ponga fin a su existencia.” (Lagos, 2005). Hay que tomar en cuenta que la caducidad como figura jurídica tiene sus particularidades determinadas, sobre las que se hará un breve análisis.

Como ya se dijo anteriormente, esta figura es una forma anormal de terminación del acto administrativo, que nace para proteger el interés general y afianzar la seguridad jurídica. Esto surge por la necesidad de optimizar los procedimientos y que estos no sean paralizados de forma indeterminada, por consiguiente “La caducidad responde a un mecanismo extintivo que tiene por objeto concluir relaciones jurídicas generadas a partir de actos administrativos” (Flores, 2017, p. 67). Siguiendo la línea de este autor, explica que la caducidad nace en un acto administrativo que pudiera llegar a causar gravamen.

De esta forma, la caducidad se concreta en un acto administrativo de gravamen que busca afectar la esfera jurídica del destinatario, privándolo de seguir gozando de un beneficio proveniente de un acto administrativo legítimo por haber incumplido una condición dentro de un plazo legal. El autor Flores, sostiene que: “Para configurar la sanción de caducidad debería existir un perjuicio y que esta de aquí no se debería aplicar de manera antojadiza y sin fundamentos” (Flores, 2017, p. 68).

Hay que tomar en cuenta algunas cuestiones. La nulidad absoluta es de las consecuencias más graves que se pueda otorgar a un acto administrativo, como se vio de forma previa, esta sanción usualmente se la da a actos jurídicos que transgredan o causen gravamen al administrado. Por otro lado, no se puede condenar un procedimiento que nazca viciado, ya que, se debería examinar si es que, en este caso, el hecho de que la aprobación tardía del informe de auditoría se constituye como una falta grave que amerite la nulidad absoluta. En este sentido, podemos afirmar que, con la mera aprobación tardía de este documento no causaría gravamen para el administrado. Sin embargo, para la

administración si se llegase a causar un grave perjuicio, ya que quedaría el examen de auditoría en la impunidad.

Al no haberse aprobado en el tiempo que la ley otorga, se debería retrotraer hasta el momento en el cual fue válido. Sin perjuicio de que los funcionarios que llevaron el procedimiento de forma ineficaz lleguen a tener algún tipo de responsabilidad. Sin embargo, esto tampoco es la solución idónea ya que, como se vio anteriormente, no estamos frente a un acto administrativo, sino frente a un acto de simple administración.

Conclusiones y recomendaciones

Como resultado de esta investigación cuyo eje central es definir si los informes de auditoría gubernamental son actos administrativos o actos de simple administración se ha llegado a la siguientes conclusiones y recomendación:

- 1) Como primera conclusión de la investigación los “informes de auditoría” no son actos administrativos per se, sin embargo, hay que tomar en cuenta que los “informes de auditoría” arrojan como resultado recomendaciones y éstas de acuerdo con el artículo 92 deben ser acatadas de manera inmediata y obligatoria. Es decir, en algunos casos el informe de auditoría produce efectos jurídicos. Por lo tanto, en aquellos casos puede considerarse como un acto administrativo, sin embargo, en otros casos no produce un efecto jurídico directo e inmediato, por tanto, no podría considerarse como tal.
- 2) Las recomendaciones deberían ser tomadas como un acto administrativo (de manera separada al informe de auditoría y tratadas como tal), cuando producen efectos jurídicos que podría causar perjuicio al administrado. Por lo tanto, se recomendaría en este caso darle un tratamiento especial al Informe de Auditoría dependiendo de su contenido, pues comparte características de las dos figuras, Acto Administrativo o Acto de Simple Administración, por lo que debería establecerse un término diferente por sus características singulares. Además de que se debería establecer una vía procesal clara para los casos en los cuales se deba o sea necesario impugnar las recomendaciones dadas en estos. De igual forma se deberían establecer un procedimiento específico para imponer multas o sanciones a los funcionarios cuya omisión de sus deberes causó la nulidad del proceso, tanto en cuanto para que la función de la CGE que es

controlar el buen uso del arca pública no se vea perjudicada por malos funcionarios pues el artículo 75 de la LOCGE no recoge el procedimiento a seguir

3) En cuanto a la resolución 10-2021 plantea que como consecuencia del incumplimiento del término desde que se presenta la orden de trabajo hasta que se aprueba el informe de auditoría es un término fatal, es decir acarrea la nulidad absoluta. En este sentido ha adoptado seguir la línea de protección al administrado, es decir que la administración no se beneficie de sus propios fallos o negligencia. lo analizado del precedente jurisprudencial por este de los Tribunales Contenciosos Administrativos ha sido el camino para resolver las acciones de impugnación de responsabilidades emitidas de la Contraloría General del Estado cuando se ha verificado que se ha superado el término del artículo 26, inclusive convirtiéndolo en un asunto de puro derecho.

Bibliografía

- Alarcón, E. (2016). Documento de consulta para autoridades, funcionarios y servidores públicos. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Amoroso, R. (19 de marzo de 2018). El control gubernamental frente a la titularidad del ejercicio público. UASB. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6123/1/T2630-MDE-Amoroso-El%20control.pdf>
- Asamblea Constituyente. (11 de agosto de 1998). Constitución de la Republica del Ecuador. Ecuador: Registro oficial.
- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional. (06 de mayo de 2019). Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Registro Oficial S. 481.
- Asamblea Nacional. (06 de 09 de 2010). LOSEP. Registro Oficial 2do. S. 294.
- Asamblea Nacional. (30 de julio de 2017). Código Orgánico Administrativo. Ecuador: Registro oficial.
- Asamblea Nacional. (marzo de 2002). ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA. Registro Oficial 536.
- Besa, A. (1949). La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil (Vol. I). Santiago de Chile: Ediar Editoriales Cía. Ltda. Obtenido de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/14658/1/La_nulidad_y_la_rescisio_v.1.pdf
- Bocanegra, R. (2005). La teoría del Acto Administrativo. Madrid: IUSTEL.
- Caballero Sánchez, R. (2007). Prescripción y Caducidad en el ordenamiento administrativo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia.
- Cabanellas de Torres, G. (2008). Diccionario Jurídico elemental. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Comisión Legislativa. (16 de septiembre de 2009). LOEP. Ley Orgánica de Empresas Públicas. Ecuador: Registro Oficial S.48.
- Congreso Nacional. (12 de 06 de 2002). LOCGE. Art. 6. Registro Oficial S. 595.
- Dromi, J. (1985). El acto así administrativo. Madrid: Instituto de Estudio de la Administración Local.
- Dromi, R. (1989). Derecho Administrativo (Séptima ed., Vol. I). Ciudad Argentina.

- Dromi, R. (1998). Tratado de derecho administrativo (Vol. 2). Buenos Aires: EDICIONES CIUDAD ARGENTINA.
- Flores, J. C. (enero de 2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho*, XXX (2), 225-249.
- Flores, R., Becerra, J., & Mejía, J. (2016). El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá. Casa San Ignacio.
- Garantía de la motivación, sentencia 1158-17-ep/21 (Corte Constitucional 20 de octubre de 2021).
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (1990). *Curso De Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gobierno Municipal San Fernando. (11 de marzo de 2013). Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones. EMMAICJ en el cantón San Fernando: Registro Oficial 2do. S. 909.
- Gordillo, A. (2011). *El acto administrativo (Vol. III)*. Buenos Aires: F.D.A. Obtenido de https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf
- Lagos, O. (2005). Para una recepción crítica de la caducidad. *Revista Chilena de Derecho Privado* (4), 81-10. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838857003.pdf>
- Mardones, R. (agosto de 2008). Descentralización: una definición y una evaluación de la agenda legislativa chilena (1990-2008). *Revista Eure*, XXXIV, 39-60. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/196/19610203.pdf>
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo (Vol. II)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo (Vol. II)*. Buenos Aires: Abeldo-Perrot.
- Organización de los Estados Americanos. (2017). Auditoría de Gestión. Obtenido de http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ven_intro_proc_aud_ges.pdf
- Pérez, E. (2006). *Derecho Administrativo*. Quito: CEP.
- Presidencia de la República-EC. (06 de 05 de 2019). Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Registro Oficial S. 481.
- Presidencia de la República-EC. (07 de 07 de 2003). RLOGGE. Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial 119.
- Quintana, I. (2021). *Manual de Responsabilidades en la Contraloría General del Estado*. Quito: CEP.
- Salvat, R. (1932). *Tratado de Derecho Civil Argentino (Vol. II)*. Buenos Aires: Librería y Casa Editorial de Jesús Méndez.
- Stark, C. (2004). *Control Gubernamental y Participación Ciudadana*. CIEN.

- Superintendencia de Telecomunicaciones. (07 de marzo de 2009). Reglamento Orgánico Funcional de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Registro Oficial 543.
- Velasco, I. (2016). Análisis jurídico de la evaluación del desempeño de los servidores sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público, como herramienta de gestión en la actuación de la Administración Pública. Quito. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5307/1/T2050-MDA-Velasco-Analisis.pdf>
- Vergara, V., & Gómez, H. (2009). “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante. Lima, Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Obtenido de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2275_potestad_sanccionadora_veronica_vergaray_hugo_gomez.pdf
- Zabala, J. (2011). Lecciones de Derecho Administrativo (1° ed.). Guayaquil: Edilex S.A.

Anexos
RESOLUCIÓN No. 10-2021



RESOLUCIÓN No. 10-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;
2. Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que, en principio, tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:
 - Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas de la Sala especializada al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.
3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado

en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, Unificación de la Estructura de las Sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la Estructura de la Resolución de Aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

- Que el término previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para la aprobación de los informes de auditoría gubernamental es un plazo o término fatal, según corresponda, que determina la caducidad de la facultad de control;
- Que la aprobación de dichos informes fuera del término en mención está viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; y,
- Que hacerlo dentro del término de la referencia constituye una garantía ciudadana para la mejor aplicación del derecho y del principio de seguridad jurídica constante en el artículo 82 de la Constitución de la República, por lo que la misma Contraloría General del Estado y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo están obligados a declararla de oficio o a petición de parte.

RESUELVE:

Art 1.- Aprobar el informe técnico remitido por la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia.

Art. 2.- Ratificar el criterio jurídico reiterado de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

- a) **Resolución No. 79-2021** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 29 de enero de 2021, 10h03, en el recurso de casación No. 17811-2018-01196, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Patricio Secaira Durango, Juez Nacional (E) Ponente; doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, Juez Nacional (E) y doctor Javier Cordero López, Conjuez Nacional (E).
- b) **Resolución No. 241-2021** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 23 de marzo de 2021, las 14h04, en el recurso de casación No. 17811-2018-01145, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Fabián Patricio Racines Garrido, Juez Nacional Ponente; doctor Patricio Adolfo Secaira Durango, Juez Nacional (E) y doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño (E), Juez Nacional.
- c) **Resolución No. 256-2021** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 6 de abril de 2021, las 10h44, en el recurso de casación No. 17811-2018-01023, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Patricio Adolfo Secaira Durango, Juez Nacional (E) Ponente, doctores Milton Enrique Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, Jueces Nacionales

Art. 3.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el punto de derecho que contiene la siguiente regla:

“El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad contralora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental esté viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido

competencia en razón del tiempo; por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa, o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, están obligados a declararla de oficio o a petición de parte, en aplicación de la garantía de preclusión y del principio de la seguridad jurídica”.

Art. 4.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización y al Registro Oficial para su inmediata publicación.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Fernando Cohn Zurita, CONJUEZ NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.