

III. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS: PROCEDIMIENTO, CONTROL JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

Wendy MOLINA ANDRADE

Sumario: 1. Antecedentes y evolución del Derecho Administrativo en Ecuador. 2. El Procedimiento Administrativo en el Ecuador: Avances de su regulación en clave de garantía. 2.1 Actuaciones previas y medidas provisionales de protección. 2.2 Inicio del procedimiento administrativo. 2.3 La prueba en el procedimiento administrativo. 2.4 Potestad resolutoria y terminación del procedimiento administrativo. 3. El control judicial de las actuaciones administrativas a través del proceso contencioso-administrativo. 3.1 La acción de plena jurisdicción o subjetiva. 3.2 La acción de anulación objetiva o por exceso de poder. 3.3 La acción de lesividad. 4. Acciones especiales. 4.1 La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. 4.2 Perspectivas evolutivas del Derecho Administrativo en Ecuador y convergencias globales.

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

EL Derecho Administrativo es el conjunto de normas jurídicas de orden público que regulan el ejercicio de la función administrativa de los órganos que componen la administración pública, en cuanto a su organización, funcionamiento y a las relaciones jurídicas que se derivan como consecuencia de la actividad de la administración pública con los particulares.

Esta definición es ampliamente aceptada y compartida por la doctrina, pues varios tratadistas en materia administrativa coinciden con ella. Agustín Gordillo, por ejemplo, sostiene que el Derecho Administrativo es el conjunto de reglas rela-

III. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS...

tivas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de éstos con los particulares (1).

En similar sentido, Ramón Parada expresa que el Derecho Administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos (2).

Por su parte, Georges Langrod indica que el Derecho Administrativo es la rama del Derecho público interno, constituido por el conjunto de estructuras y principios doctrinales, y por las normas que regulan las actividades directas o indirectas, de la administración pública como órgano del poder ejecutivo, la organización, funcionamiento y control de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales (3).

Esta concepción o forma de entender al Derecho Administrativo, surge como una consecuencia lógica del nacimiento del Estado de Derecho y el establecimiento de una sociedad organizada con un gobierno e instituciones públicas que interactúan con las personas o ciudadanos. Este origen, es ratificado por la doctrina, pues se expresa que el Derecho Administrativo «definido como conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares, ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado» (4).

Georges Veddel concuerda con que el origen del Derecho Administrativo está íntimamente relacionado con el nacimiento del Estado y con el establecimiento de una sociedad organizada, dado que, según su criterio, todo país civilizado poseería un Derecho Administrativo, en función que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración (5), es decir, bajo este marco de ideas, el Derecho Administrativo denota organización de la administración pública y sometimiento estricto de las instituciones que la componen y de sus funcionarios al Derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se debe manifestar que el antecedente más relevante del surgimiento del Derecho Administrativo es la Revolución Francesa de 1789 que introdujo el concepto de Estado de Derecho, el establecimiento de una estructura institucional organizada, y la idea que el poder debe estar limitada por la Ley a fin de salvaguardar los derechos de las personas; y, así, evitar el cometimiento de actos arbitrarios, entendiéndose, por tal motivo, al Derecho Administrativo, desde sus orígenes, como una garantía de las personas frente al poder estatal que impide los excesos en que pudiere incurrir la administración pública.

En efecto, como bien lo indican los expertos en la rama administrativa, el origen del Derecho Administrativo indiscutiblemente está vinculado al establecimiento de un Estado de Derecho, que coincide con la Revolución Francesa y los años inmediatamente siguientes a ella (6), se trata, por lo tanto, del sometimiento de

(1) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Astrea: Buenos Aires, 2013, 227-229

(2) PARADA, Ramón, *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 11.

(3) LANGROD, Georges, *Tratado de la Ciencia Administrativa*, Escuela Nacional de Administración Pública: Madrid, 1973, 135.

(4) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Astrea: Buenos Aires, 2013, 227-229.

(5) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Astrea: Buenos Aires, 2013, 10.

(6) PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2009, 120.

todos las personas al derecho, pero no solo de los particulares, sino también de sus gobernantes y de toda autoridad pública, es decir, todo el aparato estatal ya no podría actuar con total arbitrio como lo hacía antes, sino que ahora estará sometido y deberá actuar según los lineamientos que la ley permita (7).

A este propósito, es pertinente recordar, como un antecedente relevante de la época, que el Derecho Administrativo en Francia se materializó a través del Consejo de Estado, al cual se le otorgó jurisdicción administrativa para resolver los reclamos propuestos en contra de las decisiones dictadas por los órganos de la administración pública. Así, Luciano Parejo, al referirse a este órgano administrativo expresa que el Consejo de Estado ejerce dos funciones: La primera, es el supremo órgano consultivo del gobierno, por lo que, tiene el deber de ser consultado fundamentalmente para la preparación de los proyectos de ley; y, la segunda, es el juez administrativo supremo, por lo que, en su función de jurisdicción administrativa, es la última instancia para la resolución de recursos dirigidos en contra de las decisiones de autoridades públicas (8). Así, resulta evidente que en sus inicios el derecho administrativo en Francia básicamente se sustentaba en la actuación del Consejo de Estado.

En el Ecuador, el derecho administrativo en los primeros años de la república estuvo ampliamente influenciado de la legislación española. Un antecedente importante del derecho español que incidió en los países hispanoamericanos como Ecuador y que cabe resaltar es la Ley de Procedimiento Administrativo de 1889, en la cual se reconocía la necesidad de que la función administrativa exprese su voluntad, a través de un procedimiento similar que el poder judicial y el poder legislativo (9). En el Derecho español, el legislador también se ocupó del control de la actividad jurídica de la administración, mediante garantías formales en el funcionamiento del poder público, respecto de todos los procedimientos en donde los particulares, soliciten algo o pudieren verse afectados en sus derechos (10). Estas ideas, principios y normas se extendieron a los países hispanoamericanos e influenciaron en los primeros antecedentes en materia administrativa que se expidieron en el Ecuador.

La Constitución de 1830 con la que se fundó la República del Ecuador, reconoció al Consejo de Estado y esta institución permitió la génesis de la justicia administrativa en el país. Dicho consejo tenía la función de consulta para los asuntos de interés de la administración pública. De este modo el organismo fue reconocido en las constituciones que se promulgaron con posterioridad, es por ello que, el Consejo de Estado es el antecedente más trascendente en los primeros años de la República del Ecuador.

Posteriormente, el 20 de agosto de 1960, en el Ecuador se promulgó la Ley de Régimen Administrativo que significó el establecimiento incipiente de un procedi-

(7) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *La explicación histórica del Derecho Administrativo, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México: México D. F, 2005.

(8) CARRILLO, Juan, «Consideraciones en torno al bicentenario del consejo de estado francés 1799-1999», *Revista de Administración Pública* núm. 153, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 521.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992», *Revista de Administración Pública*, 1993, 205-219.

(10) VAQUER, Marcos, «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel: España, 2016, 22.

III. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS...

miento administrativo; y, además, esta Ley ratificó la existencia del Consejo de Estado y el otorgamiento de las competencias en materia administrativa.

Ahora bien, pese a lo manifestado en el párrafo anterior, el establecimiento en el Ecuador de una legislación específica en materia administrativa en realidad es reciente, se desarrolló a partir de la promulgación de importantes cuerpos legales como: a. La Ley de Modernización del Estado de 1993; b. El Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva de 1994; c. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008; d. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de 2010; y, e. El Código Orgánico Administrativo que es la norma más reciente y con mayor trascendencia en el área administrativa, que inclusive dispuso varias derogatorias.

Una norma jurídica con disposiciones específicas en cuanto a la función administrativa de la administración pública y el procedimiento, se plasmó en la Ley de Modernización del Estado que fue promulgada en el Registro Oficial núm. 349 de 31 de diciembre de 1993. Este cuerpo legal, en esencia, estuvo dirigido a regular la actuación de las entidades, organismos y dependencias del Estado, con la finalidad de incrementar los niveles de eficiencia, agilidad y productividad en la administración de las funciones que tiene a su cargo el Estado ecuatoriano.

El origen de esta Ley se debió, entre otras cosas, a la fuerte crítica formulada respecto a falta de capacidad del Estado y sus instituciones para administrar y prestar servicios públicos con eficiencia y calidad. A este respecto, Fabián Jaramillo sostiene que en los gobiernos neoliberales se puso en duda el papel empresarial del Estado, de su capacidad para administrar con eficiencia y honestidad las empresas públicas y de su aptitud para operar la prestación de servicios públicos con calidad. Se debatió respecto de los costos económicos que representaban mantener organizaciones empresariales ineficientes, muchas de las cuales habían caído en manos de sindicalistas inescrupulosos preocupados únicamente por incrementar los salarios, las prebendas económicas, canonjías y los beneficios sociales laborales, en vez de preocuparse por elevar la producción, la productividad o por mejorar la atención y la calidad en la prestación de los servicios y en la provisión de bienes públicos (11).

Con este antecedente, el objeto de esta ley evidentemente fue amplio y diverso y estuvo dirigido a combatir y solucionar tal problemática. Pablo Zambrano, refiriéndose a la Ley de Modernización menciona que el objeto de la ley es sumamente extenso, puesto que se pretende racionalizar y volver eficiente la acción administrativa del Estado; fomentar procesos de descentralización, desconcentración y simplificación, del Gobierno Central hacia los Gobiernos Seccionales; la prestación de servicios públicos a través de la iniciativa privada a través de la desmonopolización y delegación de ciertas actividades; y la enajenación o venta de la participación del Estado en empresas estatales (12).

Como se puede apreciar el objeto de la Ley es esencialmente de naturaleza administrativa y su expedición constituye uno de los primeros antecedentes en Ecuador de una legislación específica en materia administrativa. Cabe resaltar,

(11) JARAMILLO VILLA, Fabián, *Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar: Quito, 2011, 34.

(12) ZAMBRANO ALBUJA, Pablo, «La Solución de Conflictos de los Contratos de Concesión a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado en el Ecuador», Universidad Andina Simón Bolívar: Quito, 2006, 14.

como un aporte importante de esta norma jurídica, el establecimiento de un procedimiento administrativo, por el cual, se reconoce asuntos sustancialmente importantes, tales como el derecho de petición que asiste a los administrados para formular reclamaciones ante los órganos que componen la administración pública para exigir sus derechos, así como también, la obligación legal que recae sobre administración pública para resolver los reclamos o peticiones dentro de un plazo perentorio de quince días bajo el apercibimiento de aplicarse el silencio administrativo.

Un año después de haberse promulgado la Ley de Modernización, se expidió otra norma jurídica de naturaleza administrativa denominada Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, el cual fue expedido mediante Decreto Ejecutivo núm. 1634 publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial núm. 411 de 31 de marzo de 1994. Este estatuto es una norma jurídica aplicable estrictamente a las instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva, pues tiene por objeto regular la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.

El estatuto no tiene la jerarquía de una Ley, pues ostenta simplemente la calidad un Reglamento, esto, se produce en consideración a que la Constitución de 1984, vigente al momento de su expedición, determinaba la posibilidad para que el Presidente de la República emitiera los denominados Decreto-Ley (13). No obstante, a pesar de no ser una Ley, constituye una norma jurídica importante que debe ser considerada como un aporte relevante para el Derecho Administrativo en Ecuador.

El cuerpo normativo citado, específicamente, está destinado a regular la función administrativa de los órganos que componen el poder ejecutivo. El estatuto contribuyó a fortalecer el derecho administrativo en el Ecuador, puesto que, además de establecer un procedimiento administrativo, determina las formas de materialización de la actuación jurídica de la administración pública, distinguiendo los actos administrativos, los actos de simple administración, los contratos administrativos, los hechos administrativos y los actos normativos de naturaleza administrativa.

Después de la expedición del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva en 1994, transcurrieron varios años sin que se dictase otra norma jurídica de carácter eminentemente administrativo en Ecuador, el 4 de agosto de 2008, en que en el Registro Oficial Suplemento núm. 395 se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que derogó la codificación de la Ley de Contratación Pública del 2001, y fue destinada a regular la actuación de la administración en cuanto los procesos de contratación pública que realice con los particulares o ciudadanos.

El objeto de la Ley es establecer el Sistema Nacional de Contratación Pública y determinar los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las instituciones que componen el sector público.

(13) ESCOBAR MUÑOZ, Eduardo Rodrigo, *La inaplicabilidad del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en los procesos de impugnación de los Actos Administrativos de las Empresas Públicas creadas por Decreto Ejecutivo*, Universidad Andina Simón Bolívar: Quito, 2014, 29.

III. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS...

El sistema de compras públicas es el conjunto de políticas, normas, principios, procedimientos, actores y prácticas relativos a las diferentes fases del proceso de contratación pública; mediante el cual se posibilita lo siguiente: a. La definición de requerimientos y programación de la compra; b. Los procedimientos de selección de proveedores y adjudicación del contrato; y, c. La ejecución y gestión del contrato (14).

Siendo así, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contribuye al derecho administrativo, porque instituye un procedimiento de contratación encaminado a regular la actividad de la administración en cuanto a la contratación y a la relación jurídica que de esta actividad se genera con los particulares, quienes participan en calidad de contratistas, es decir, representa un aporte en cuanto a los contratos administrativos y a la relación jurídica de la administración con el administrado.

El 19 de octubre de 2010, en el Registro Oficial Suplemento núm. 303, se promulgó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, como una norma jurídica aplicable a los gobiernos seccionales (Gobiernos Autónomos Descentralizados). El código es una norma extensa y establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio, el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial.

Una parte esencial de este código que significa una contribución para el derecho administrativo en Ecuador es el establecimiento de todo un capítulo que contiene disposiciones que regulan la actividad jurídica de las administraciones de los gobiernos autónomos descentralizados y de los procedimientos administrativos, es decir, en esta norma se estableció el procedimiento administrativo que regulaba la actuación de toda la administración pública seccional.

Del relato que antecede, se observa que en el Ecuador las disposiciones jurídicas atinentes al derecho administrativo se encontraban dispersas en una multiplicidad de cuerpos legales. La actividad administrativa estaba regulada por todo un conjunto de normas jurídicas que, al entrándose en diferentes cuerpos normativos, ocasionaba que los órganos de la administración pública, en la práctica, tengan, cada uno, su propio procedimiento, determinado por la Ley que les resultaba aplicable, no existiendo, por esta razón, uniformidad en los procedimientos.

Por tal motivo, el 7 de julio de 2017, en el Registro Oficial Suplemento núm. 31, para evitar esta dispersión de normas en materia administrativa y establecer un procedimiento administrativo uniforme, se publicó el Código Orgánico Administrativo en el cual se regula la actividad jurídica, los procedimientos administrativos común y especiales, los procedimientos sancionatorios y la responsabilidad extracontractual del Estado en todas las Funciones y organismos del Estado, es decir, con la expedición de este código se instituyó una normativa con rango de

(14) PEÑA AYALA, Santiago, *Análisis del Marco Legal de Compras Públicas en Ecuador: Oportunidades y Barreras para la incorporación de criterios sostenibles*, Corporación de Estudios, Quito, 2016, 6.

ley orgánica que recogió en un solo cuerpo legal todas las cuestiones atinentes al procedimiento administrativo, aplicable a todos los órganos que componen la administración pública.

La reciente norma jurídica en materia administrativa proporciona a los diferentes órganos del sector público disposiciones jurídicas modernas que dotan de uniformidad y orden a la actividad de las entidades públicas. El Código Orgánico Administrativo, está compuesto por cuatro libros que versan específicamente sobre la actividad jurídica y los procedimientos administrativos de los órganos del sector público. El Libro I, se encuentra destinado a las personas y las administraciones públicas. El Libro II, versa respecto al procedimiento administrativo común. El Libro III, reglamenta a los procedimientos especiales como son: el sancionador y el de ejecución de la coactiva. Finalmente, el último Libro, está destinado a regular la responsabilidad extracontractual del Estado. Por esta razón se puede sostener que el Código Orgánico Administrativo es una norma jurídica integral en materia administrativa.

Sobre la base de antecedentes citados, se observa que el derecho administrativo, desde sus inicios, aparece como una suerte de garantía de los ciudadanos frente al Estado. Una garantía que asegura que las actuaciones de la administración pública van a estar regladas por normas jurídicas previamente establecidas, de tal manera que la función administrativa se desarrollará de manera ordenada, respetando los derechos de los ciudadanos, quienes, tienen la posibilidad reclamar y hacer valer sus derechos cuando se han visto afectados por hechos que incumben a la administración pública.

Por otra parte, también se verifica que en el Ecuador han existido varias normas jurídicas tendientes a regular materia administrativa, no obstante, el orden jurídico administrativo del país estuvo caracterizado por la multiplicidad de cuerpos jurídicos que contenían de manera dispersa el derecho administrativo ecuatoriano, causando que no exista uniformidad y confusión, situación que en gran medida ha sido superada con la expedición de un código que ostenta el rango de ley orgánica y que unifica la disposiciones de todos estos cuerpos normativos en un solo cuerpo legal que guía la actuación de los órganos que integran el sector público.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR: AVANCES DE SU REGULACIÓN EN CLAVE DE GARANTÍA

El procedimiento administrativo puede ser definido como el conjunto de actos previamente establecidos por el ordenamiento jurídico que ejecuta la administración pública para expresar su voluntad a través de una resolución manifestada en un acto administrativo. A este respecto, Roberto Dromi señala que el procedimiento administrativo es el conducto por el que transita en términos de derecho la actuación administrativa, en cuanto se integra con el conjunto de reglas para la preparación, formación, control, e impugnación de la voluntad administrativa (15).

(15) DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina: Buenos Aires, 2014, 338