



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Trabajo de Investigación de análisis de caso

Previo a la obtención del título de:

ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Tema:

Caso Contencioso Administrativo N°. 13802-2017-00004, por ilegalidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución N° 3332 del 18 de febrero del 2016 y la predeterminación de responsabilidad civil culposa – orden de reintegro, que sigue Pacheco Luque Luis Felipe en contra del Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Portoviejo, y la Directora Regional General del Estado de Manabí, por “CADUCIDAD DE LA FACULTAD DETERMINADORA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CULPOSA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO”.

Autoras:

María Cecilia Mendoza Moreira

Dayana Carolina Segarra Murillo

Tutor Personalizado:

Ab. María Fernanda Linzan, Mgs.

Cantón Portoviejo – Provincia Manabí – República del Ecuador

2021

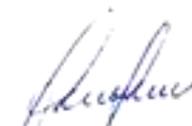
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Mendoza Moreira María Cecilia y Segarra Murillo Dayana Carolina, declaramos ser las autoras del presente análisis de caso y de manera expresa hacemos la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso Contencioso Administrativo N°. 13802-2017-00004, por ilegalidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución N° 3332 del 18 de febrero del 2016 y la predeterminación de responsabilidad civil culposa – orden de reintegro, que sigue Pacheco Luque Luis Felipe en contra del Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Portoviejo, y la Directora Regional General del Estado de Manabí, por “caducidad de la facultad determinadora de la responsabilidad civil culposa de la Contraloría General del Estado”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 07 marzo de 2021



Mendoza Moreira María Cecilia
C.C.131473976-2



Segarra Murillo Dayana Carolina
C.C. 093000111-0

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	V
2. MARCO TEÓRICO	7
2.1. CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO	7
2.1.1. Funciones de la CGE.....	7
2.1.2. Gestión Gubernamental.....	9
2.1.2.1. El Rol del Estado	9
2.1.2.2. Control de Gestión.....	10
2.1.2.3. Control Gubernamental	11
2.1.2.3.1. Auditoria Gubernamental	11
2.1.2.3.1.1. Examen Especial	12
2.1.2.3.1.1.1. Fases del proceso del examen especial	13
2.1.3. Determinación y Trámite de Responsabilidades.....	15
2.1.3.1. Facultad determinadora de responsabilidades	15
2.1.3.1.1. Responsabilidad civil culposa	15
2.1.3.1.1.1. Aspectos para su establecimiento.....	17
2.1.3.1.1.2. Tipos de Responsabilidad Civil Culposa	17
2.1.3.1.1.3. Sujetos de Responsabilidad.....	20
2.1.3.1.1.4. Caducidad de la Facultad determinadora	20

2.2. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD	22
3. ANÁLISIS DE SENTENCIA 13802-2017-00004	23
3.1. Caso	23
3.2. Diagrama.....	29
3.3. Figuras Jurídicas	30
3.4. Comentario.....	40
3. CONCLUSIÓN	46
4. BIBLIOGRAFÍA	49
5. ANEXOS	52

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del presente trabajo nos enfocaremos en analizar el tema en general sobre el análisis de caso Contencioso Administrativo N°. 13802-2017-00004, por ilegalidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución Nª 3332 del 18 de febrero del 2016 y la predeterminación de responsabilidad civil culposa – orden de reintegro, que sigue Pacheco Luque Luis Felipe en contra del Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Portoviejo, y la Directora Regional General del Estado de Manabí, por “caducidad de la facultad determinadora de la responsabilidad civil culposa de la Contraloría General del Estado”.

Una vez, que se ha definido el tema para el desarrollo del presente trabajo, es necesario expresar que este análisis se basa en los efectos ocasionados por la Resolución N°. 3332, dado que en la misma se resolvió confirmar la responsabilidad civil culposa en contra del actor como responsable subsidiario, claramente él entre sus argumentos alega que no participo en el proceso administrativo de suscripción del convenio, además de estipular que en ningún momento se establecieron cláusulas de obligación para el vicerrector y por ultimo establece que la Facultad de la Contraloría General del Estado, al momento de notificar la responsabilidad culposa mediante orden de reintegro, se encontraba caducada.

Es en razón de ello, que la presente investigación se la realiza con el objeto de determinar si la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, estipulo si efectivamente no existía responsabilidad y si la Facultad de la Contraloría del Estado se encontraba caducada, en base a los

preceptos normativos estipulados en el art. 71 de La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Cabe mencionar que dentro del análisis de caso, se analizó de manera sistemática y cronológica la sentencia dictada dentro del proceso y el hecho subsecuente para establecer el problema jurídico, pues en un inicio respecto de la demanda y la contestación a la misma aparentemente la Contraloría tenía todos los elementos para ganar aquel conflicto judicial, sin embargo con el análisis realizado por los respectivos Tribunales se determinó el eje mismo de la discusión y el por qué se encontraba caducada la Facultad de la Contraloría General del Estado.

Para ello es preciso indicar que este órgano de control cuenta con atribuciones conferidas por los lineamientos normativos del ordenamiento jurídico, por ende se debe precautelar la seguridad jurídica, consecuentemente los actos expedidos por este órgano deben realizarse bajo los límites y principios que rigen la administración pública. Es por ello que es necesario partir de generalidades sobre los elementos que fueron tratados en este caso, donde los más sobresalientes se refieren: al acto administrativo, derivándose del mismo sus requisitos, características y causas de extinción; las facultades de la Contraloría del Estado teniendo presente sus funciones, la gestión gubernamental y la determinación y tramite de responsabilidades; así como también una definición clara de lo que evoca un convenio de cooperación y los efectos que genera el principio de irretroactividad.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

La contraloría es un organismo de control que goza de ciertas atribuciones y obligaciones determinadas en los cuerpos normativos del ordenamiento jurídico, en el art. 211 de la Constitución de la República (2008)¹, se indica que:

La Contraloría General del Estado constituye un organismo técnico encargado del control de los recursos estatales, y la obtención de los objetivos de los organismos o instituciones del Estado, así como también el de las personas con estatus jurídico de derecho privado que dispongan de recursos públicos, la misma goza de personería jurídica e independencia financiera, administrativa, presupuestaria y organizativa, la misma que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social.

También suele indicarse que la Contraloría, es reconocida como el mayor órgano de inspección fiscal en el Ecuador, pues es una “entidad de carácter diversificado profesional, con independencia presupuestaria y administrativa, que fiscaliza y controla la gestión fiscal en la administración” (Ponce, 2018)². Teniendo como objetivo principal el control de los recursos públicos, vigilar su uso efectivo, con el fin de precautelar el beneficio de la sociedad.

2.1.1. Funciones de la CGE

Las funciones de la Contraloría General del Estado se encuentran estipuladas en el art. 212 de la Constitución de la República (2008)³, donde se señala que esta se encuentra encargada de:

1. Dirigir el procedimiento de control administrativo que se integra por distintos tipos de auditorías como: la interna y externa, y de control

¹ Constitución de la República. (2008). Montecristi: Lexisfinder.

² Ponce, A. D. (06 de 2018). *Contraloría General del Estado*. Derechoecuador.com.

³ Constitución de la República. (2008). Montecristi: Lexisfinder.

interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

2. **Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal**, concernientes a aspectos y gestiones sujetas a su control, sin menoscabo de las funciones que le sean propias a la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir normativas y reglas para el acatamiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos e instituciones del Estado cuando se le requiera.

Además de estas funciones en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002)⁴, estipula:

1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus tipos o maneras, por sí misma o por medio de la contratación de empresas privadas de auditoría.
2. Examinar los ingresos públicos, originarios de diversas fuentes de financiamiento.
3. Evaluar las labores de auditoría externa realizadas por compañías privadas de auditoría.
4. Examinar el sistema de control interno de cada una de las instituciones del Estado.
5. Expedir acuerdos, normas y reglamentos para establecer los procedimientos que debe cumplir los organismos y entidades sujetos a su control.
6. Establecer responsabilidades de carácter administrativo, civil culposo e indicios de responsabilidad penal, que resultaren de su examen y evaluación.

⁴ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). Quito: Lexisfinder.

7. Verificar el acatamiento de las recomendaciones señaladas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y culposas.
8. Examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas e investigar presuntos casos de enriquecimiento ilícito.
9. Brindar capacitación a los servidores públicos y personas que lo requieran en las distintas modalidades de inspección y auditoría de recursos públicos.

2.1.2. Gestión Gubernamental

2.1.2.1.El Rol del Estado

El Estado como ente regulador tiene como fin fundamental el consagrar el bien común, además es el órgano principal de dirigir los resultados y los servicios del quehacer público, es por ello que su gestión debe estar dotada de los principios de eficiencia y eficacia, precisamente porque “los grandes lineamientos del Estado deben ser: planear objetivos específicos, reducir costos operativos, combatir la corrupción, velar por la prestación de servicios óptimos y asimilar la innovación” (Puga, 2001)⁵. En aras de lo expuesto es necesario hacer énfasis en que el Estado tiene funciones como las de control y evaluación de la actividad administrativa, precisamente por ello se han implementado controles como instrumentos de medición de la gestión pública a fin de garantizar procesos transparentes y así poder determinar responsabilidades cuando existan irregularidades que afecten al Estado o a las entidades que integran al mismo.

⁵Puga, R. A. (2001). *Manual de Auditoría de Gestión*: Quito.

2.1.2.2. Control de Gestión

La administración pública tiene funciones que están relacionadas con el planeamiento, el control y la dirección, es por eso que Betancourt y Sánchez (2015)⁶ señalan que “el control de gestión estandariza y orienta las revisiones de control por la planificación hasta la presentación de informes de resultados”. En este mismo orden de ideas, de acuerdo a lo estipulado en el Manual de Auditoría de Gestión (2001)⁷ se resalta que:

El control de gestión es el examen de la economía, efectividad y eficiencia de las entidades de la administración en el ejercicio y protección de los recursos públicos, realizado mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identidad de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficios de su actividad.

Sin embargo, este tipo de control ha cambiado con los años, pero hoy en día suele ser considerado como un tipo de sistema que ha alcanzado mayor eficiencia y coordinación, dado que la gestión pública debe realizarse mediante ejes que promuevan transparencia, eficacia y eficiencia. Es válido acotar la percepción de Puga (2001)⁸ que hace énfasis en lo siguiente:

La evaluación de gestión en los sistemas de control interno, se refiere a medir la economía efectiva y la eficiencia de las actividades, para lo cual es necesario realizar un proceso de evaluación de los métodos que la dirección de una entidad u organismo establece en forma periódica o sistemática sobre los controles para cumplir con las normas legales, el buen uso y protección de los recursos, la identificación y cubrimiento de riesgos y la responsabilidad del funcionario en relación con unos estándares de resultados esperados proyectando acciones a futuro en busca de un mejoramiento continuo (pág.524).

Entre los instrumentos para el control de gestión se encuentran: los índices, indicadores, cuadros de mandos, gráficas, análisis comparativo, control integral y flujogramas; todos ellos con el fin de lograr un buen control, y para ello se

⁶ Betancourt J. y Sánchez A. (2015). *El control de gestión y su impacto en la eficiencia*. Revista Retos, 9.

⁷ Puga, R. A. (2001). Manual de Auditoría de Gestión.

⁸ *Ibíd.*

requiere implementar una planificación estratégica con el fin de promover un buen sistema de gestión y resultados.

2.1.2.3. Control Gubernamental

El Estado Ecuatoriano ha estipulado en su Constitución de la República (2008)⁹ que “la administración pública es la encargada del control de la utilización de los recursos estatales”. Siendo la Contraloría General del Estado, la encargada de ejecutar el control de ingresos, gastos, inversión y utilización de los recursos públicos; es por ello que suele estipularse que el control gubernamental actúa como garantía del uso y protección de los recursos públicos. Puga (2001)¹⁰ señala que:

Es claro que el control estatal de la CGE se lo realiza a través de la auditoría gubernamental, precisamente porque es un elemento esencial de apoyo a la gerencia pública moderna, que aporta sustantivamente, en base a sus opiniones y recomendaciones, a una oportuna y adecuada toma de decisiones; a su vez, contribuye a la óptima utilización de los recursos para una gestión pública más eficaz (pág.96).

Dicho de otra forma, este tipo de control revisa las actuaciones de la administración pública y ejerce poder a través de los entes autorizados para controlar el ejercicio del poder público respecto a los bienes y recursos públicos.

2.1.2.3.1. Auditoría Gubernamental

Este tipo de autorías constituye una clase especial precisamente porque se desenvuelve dentro de las funciones de control que realiza el Estado. Según lo expresado por Dextre (2016)¹¹, se suele indicar que este tipo de autorías es “una auditoría de recopilación y evaluación de datos sobre transacciones e información cuantificable de una entidad pública, así como comportamiento y desempeño de los funcionarios y servidores públicos para determinar e informar

⁹ Constitución de la República. (2008). Montecristi: Lexisfinder.

¹⁰ Puga, R. A. (2001). Manual de Auditoría de Gestión.

¹¹ Dextre, J. C. (2016). *Un encuentro con la auditoría gubernamental*. Revista Lidera, 34-38.

el grado de correspondencia con criterios establecidos”; asimismo es preciso añadir que este tipo de auditorías está encaminada a “examinar actividades operativas, administrativas, financieras y ecológicas de instituciones que cumplen con sus atribuciones y deberes, siendo necesario evaluar su eficiencia, efectividad y eficacia” (Manual General de Auditoría Gubernamental, 2002)¹². Por su parte la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002)¹³, ha definido en su art. 18 inc 2, a esta auditoría como “un procedimiento compuesto de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que engloba el examen y la valoración crítica de las operaciones y labores de los administradores de recursos públicos”. Es por esa razón que suele ser considerada como un examen independiente y selectivo de evidencias, caracterizándose por ser objetiva, sistemática, selectiva y profesional.

2.1.2.3.1.1.Examen Especial

Este tipo de auditoría suele ser definida por la Contraloría General del Estado (2002)¹⁴ como un tipo de auditoría que: “estudia y evalúa actividades referentes a gestión financiera, administrativa y operativa con seguimiento a su cumplimiento”, es necesario indicar que de acuerdo al precepto normativo del art. 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002)¹⁵, estipula:

Que el examen especial es parte de la auditoría gubernamental y será el encargado de estudiar, verificar y evaluar aspectos circunscritos o de una parte de las actividades referentes a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con orden a su ejecución, aplicará los métodos y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con el componente de examen y

¹² Contraloría General del Estado. (2002). *Manual General de Auditoría Gubernamental*. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002,.

¹³ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.(2002)

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

prescribirá el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones (pág. 40):

Consecuentemente, se suele indicar que este tipo de auditorías se puede combinar con la financiera, precisamente por los aspectos que verifica. Al momento de concluir este examen por lo general se podrá “determinar responsabilidades de tipo administrativas, civiles culposas e incluso indicios de responsabilidad penal, por acción u omisión en contra de las disposiciones legales o por disposiciones contrarios a lo legal” (Figuroa, Narvaéz y Juan, 2019)¹⁶.

2.1.2.3.1.1.1. Fases del proceso del examen especial

- **Planificación**

En esta etapa se identifican los procesos más críticos, y el alcance de esta planificación “puede presentar variaciones, dependiendo la magnitud de las operaciones de la institución, el tamaño de la misma y la experticia del auditor” (Contraloría General del Estado, 2002)¹⁷. Dentro de esta fase se encuentran:

- Planificación preliminar: iniciada con la orden de trabajo, y se detectan aspectos como visión, misión y objetivos de la institución.
- Planificación específica: se fundamenta en las actividades relevantes de la institución, donde se destacan las actividades más relevantes para ser auditadas. “El propósito de la planificación específica es evaluar el control interno, con la finalidad de determinar si la entidad ejecuto sus competencias de manera eficaz, eficiente, efectiva y económica” (Figuroa, Narvaéz y Erazo, 2019)¹⁸.

¹⁶ Figuroa D., Narvaéz C. y Erazo J. (2019). *El examen especial como proceso de control: fase y aplicación práctica en el sector público*. Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía.

¹⁷ Contraloría General del Estado. (2002). Manual General de Auditoría Gubernamental. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002.

¹⁸ Figuroa, D. et al. (2019) *El examen especial como proceso de control: fase y aplicación práctica en el sector público*. Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía.

- **Ejecución**

En esta etapa, se va a separar los procesos materias de análisis, en este sentido se estipulará si el examen cumple con la observación de los lineamientos normativos correspondientes a las auditorías dirigidas al sector público, a la vez se recabará todas las evidencias que permitan evaluar la gestión del eje normativo, una vez obtenidas dichas evidencias se aplicaran los indicadores o parámetros para medir el nivel del proceso respecto a la gestión de la institución.

- Papeles de Trabajo: los mismos que detallaran la elaboración del informe, precisamente porque estos papeles son considerados como programas que indican el cumplimiento del auditor y la evidencia obtenida por el mismo.

- **Conclusiones**

Finalmente se encuentran los hallazgos, conclusiones y recomendaciones, donde se determinará la finalización del proceso y las irregularidades de la deficiencia y las notificaciones correspondientes. De manera sistemática el examen especial como proceso de control se lo puede resumir de la siguiente manera:

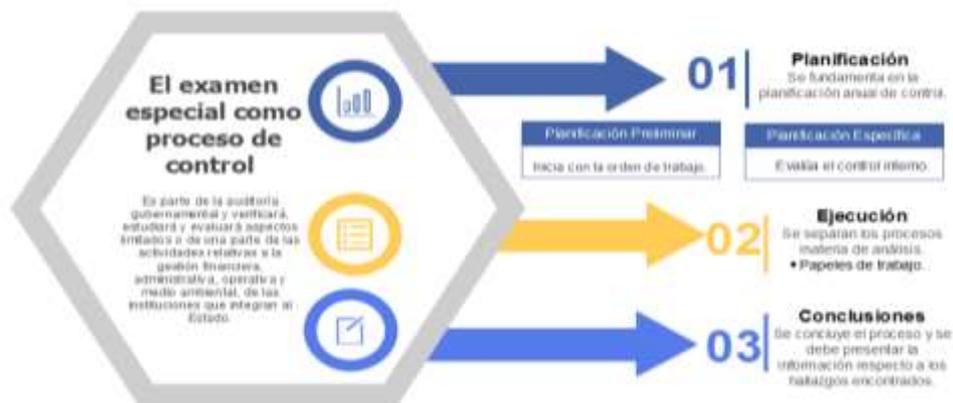


Gráfico 1
Fuente: Elaboración propia

2.1.3. Determinación y Trámite de Responsabilidades

2.1.3.1. Facultad determinadora de responsabilidades

Uno de los principales objetivos señalados en la LOCGE al momento de establecer responsabilidades, es restituir el orden subsanando el perjuicio, generalmente las responsabilidades según su sujeto pueden ser: responsabilidades principales, subsidiarias, directas y solidarias; de acuerdo a su objeto, pueden ser: administrativas, civiles culposas y penales, lógicamente el órgano encargado del control de los recursos estatales es la Contraloría General del Estado, por ello entre sus funciones se encuentra el hecho de determinar dichas responsabilidades, siempre que estas estén relacionadas con aspectos o circunstancias sujetas a su control.

2.1.3.1.1. Responsabilidad civil culposa

La responsabilidad civil culposa suele ser considerada como “un perjuicio económico causado a la entidad u organismo, por la acción u omisión de los servidores públicos o de terceros” (Contraloría General del Estado, 2017)¹⁹. Para autores como Granda (2006)²⁰, la responsabilidad civil culposa “se origina por la acción u omisión de un servidor público, el cual ha ocasionado un perjuicio a los recursos públicos en el desempeño de sus funciones, teniendo como obligación la reparación del daño causado”. Es decir el servidor público debe asumir la responsabilidad de reparar los daños ocasionados como resultado de actos donde se suscitan elementos jurídicos como “culpa, dolo y daño”, en el cumplimiento de sus funciones. Es claro que para que exista dicha responsabilidad debe “haber un hecho, que puede ser doloso o culpable, el

¹⁹ Contraloría General del Estado. (2017). *Contraloría General del Estado. Capacitación. Sesión 3: Responsabilidades*.

²⁰ Granda, N. (2006). *Fundamentos de derecho administrativo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

mismo que es el productor del perjuicio para que concurra la obligación de repararlo” (Diez, 1971, pág. 128)²¹. Vale recalcar que este tipo de responsabilidad surge cuando existe un daño al patrimonio del Estado o alguna de sus instituciones.

En lo que respecta al marco legal, el art. 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002)²², indica que:

La responsabilidad civil culposa funda un compromiso jurídico indemnizatorio del daño económico ocasionado a las entidades del Estado, calculado a la fecha en que se produjo, el mismo nace sin acuerdo, derivado de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin designio de dañar, que se legaliza por las normas del cuasidelito del Código Civil.

De la misma manera cabe indicar que para establecer responsabilidades, se deben tener presente los siguientes factores, tal y como lo señala la Contraloría General del Estado (2017)²³:

- Los deberes y obligaciones de los servidores y de terceros, establecidas según la ley, la distribución interna y las estipulaciones contractuales;
- El poder de decisión o jerarquía del servidor público;
- El grado de importancia del servicio público que debe prestar;
- El grado de culpabilidad tomando en consideración las circunstancias que rodean el acto o hecho; y,
- Las consecuencias que se derivan de la acción o de la omisión.

De acuerdo a lo señalado en el art. 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, (2002)²⁴:

²¹ Diez, M. M. (1971). *Análisis de Responsabilidad civil de los funcionarios públicos*. Ediciones LX.

²² Contraloría General del Estado. (2002). *Manual General de Auditoría Gubernamental*. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002,.

²³ Contraloría General del Estado. (2017). Contraloría General del Estado. Capacitación. Sesión 3: Responsabilidades.

²⁴ Contraloría General del Estado. (2002). *Manual General de Auditoría Gubernamental*. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002.

La responsabilidad civil culposa se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

2.1.3.1.1. Aspectos para su establecimiento

De acuerdo a lo estipulado por la Contraloría General del Estado (2017)²⁵, para que pueda establecerse la responsabilidad civil culposa, se deben tener presente los siguientes aspectos:

1. El daño emergente del hecho, precisamente porque origina una disminución del patrimonio como consecuencia del incumplimiento de una obligación.
2. El lucro cesante, el mismo que se estipula como un beneficio que habría obtenido el acreedor con el cumplimiento de la obligación.

De estos dos elementos, los dos son importantes, por cuanto no puede existir un daño emergente, sin un lucro cesante pues, debe recordarse que el Estado satisface derechos y siempre existirá beneficiarios por la actividad estatal, cuando no se ejecutan los bienes o servicios estatales, el perjuicio deviene en el desembolso de dinero que deben efectuar quienes no recibieron los bienes o servicios públicos. (Contraloría General del Estado, 2017, pág. 43)²⁶

2.1.3.1.1.2. Tipos de Responsabilidad Civil Culposa

La responsabilidad civil culposa puede ser:

- Por glosa; y,
- Por orden de reintegro

Glosas

²⁵ Contraloría General del Estado. (2017). Contraloría General del Estado. Capacitación. Sesión 3: Responsabilidades.

²⁶ *Ibíd.*

De acuerdo a lo señalado en el Manual de Auditoría de Gestión (2001)²⁷, la glosa es concebida como “observación que formula la entidad superior de control a un servidor público o terceros involucrados, cuando se ha descubierto un menoscabo económico y reduzca los recursos de la entidad u organismo, previo al estudio financiero o de control” además el principio sustantivo de la glosa es “el egreso injustificado”.

Orden de Reintegro

Las ordenes de reintegro se originan a partir del desembolso de un pago transferido a un tercero sin que exista fundamento legal ni contractual para ejecutar dicha acción, dentro de la capacitación sobre responsabilidades ejecutada por la Contraloría General del Estado (2017)²⁸, se estipula que la orden de reintegro “es el requerimiento de pago inmediato que realiza la CGE, por un pago indebido de recursos financieros, efectuados sin soporte legal, contractual y por error, o sin que el favorecido hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido sólo parcialmente”. Por su parte la Corte Constitucional en la Sentencia No. 031-12-SEP-CC (2012)²⁹, ha estipulado que para que se determine dicha figura se requerirán requisitos como el animus solvendi, que vendría a ser la voluntad de cumplir con la deuda y la existencia de la misma; el pago de lo no debido, en su aspecto objetivo en cuanto al desplazamiento patrimonial en detrimento del deudor, y en lo subjetivo cuando se deja sin efecto una obligación existente frente a un no acreedor; y por último, el error de solvens que es un error de hecho causado por el desconocimiento de las leyes.

²⁷ Puga, R. A. (2001). Manual de Auditoría de Gestión.

²⁸ Contraloría General del Estado. (2017). Contraloría General del Estado. Capacitación. Sesión 3: Responsabilidades.

²⁹ Tribunal Contencioso Administrativo. (2016). *Sentencia 17811-2016-01246*.

Es importante acotar que, en el sistema de control administrativo, existe la responsabilidad subsidiaria para aquel servidor cuya acción u omisión hubiere generado un pago indebido. En este sentido en el art. 7 del Reglamento de Determinación de Responsabilidades (2018)³⁰, se indica “(...) para la identificación de un sujeto por omisión se analizarán las obligaciones a él asignadas, la distribución de funciones en cada entidad u organismo y las estipulaciones contractuales, según corresponda”, sin embargo todo el eje de predeterminación de responsabilidades se generan a partir de la aprobación del examen especial y de la identificación de las acciones u omisiones que las que hubieren incurrido los sujetos de control. Cabe destacar que de acuerdo a lo prescrito en el art. 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002)³¹, se señala que la orden de reintegro se expediría por el organismo de control estatal, que notificara a las partes responsables, siendo concedido un plazo de noventa días para una restitución. Sobre este último punto se tendrá en cuenta que en el transcurso del plazo señalado, se podrá solicitar a la Contraloría la reconsideración de la orden de reintegro, señalando de manera escrita aquellos fundamentos facticos o normativos que le asistan, y de la misma manera los medios probatorios oportunos. El órgano de control deberá pronunciarse en un plazo de 30 días a partir de que recepta la petición, siendo este pronunciamiento de carácter definitivo y únicamente en vía jurisdiccional.

³⁰ Estado, C. G. (2018). Reglamento de Determinación de Responsabilidades. Acuerdo n° 050-CG-2018.

³¹ Contraloría General del Estado. (2002). Manual General de Auditoría Gubernamental. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002.

Entre los principales motivos para que se produzcan las órdenes de reintegro se encuentran, de acuerdo a lo estipulado por la Contraloría General del Estado (2017)³²:

- El pago de una cuantía de dinero a una persona distinta del acreedor,
- Pago o transferencia de fondos o sin soporte legal ni contractual.
- Pago con error en el cálculo matemático de un valor.

2.1.3.1.1.3.Sujetos de Responsabilidad

Entre los sujetos de responsabilidad se encuentran los responsables principales y los subsidiarios, el responsable principal es quien es el beneficiario directo del pago indebido, mientras que el responsable subsidiario ocasiona dicho pago, de acuerdo al precepto normativo estipulado en el art. 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002)³³, se estipula:

La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, rescindiré sobre la persona natural o jurídica, beneficiaria de tal pago; mientras que la responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere facilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la Ley.

Lógicamente este tipo de responsabilidad no es directa, pero recae sobre el sujeto por su acción o inacción, precisamente porque aun cuando no sea el autor principal que se beneficia del pago, es quien posibilita dicha acción.

2.1.3.1.1.4.Caducidad de la Facultad determinadora

Respecto a la caducidad de la competencia del ente de control para determinar responsabilidad civil culposa es clave mencionar que antes de la reforma del 2009 a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se estipulaba en el art. 71 de la misma que “la facultad para proferir sobre las diligencias de las

³² Contraloría General del Estado. (2017). Contraloría General del Estado. Capacitación. Sesión 3: Responsabilidades.

³³ Contraloría General del Estado. (2002). Manual General de Auditoría Gubernamental. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002.

instituciones del Estado, y los actos de las personas a esta Ley, así como para establecer responsabilidades., caducará en cinco años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos”; después de la reforma del 2009, dicha facultad caduca en 7 años. Respecto a ello existen fallos donde se estipulan que “la caducidad de 7 años debe aplicarse a partir del 11 de agosto del 2009” Sentencia 17811-2016-01246. Por lo tanto se ha determinado que la caducidad es una institución que resguarda la seguridad jurídica y una vez que discurre el plazo determinado en la ley para el ejercicio de dicha facultad, esta fenece sin posibilidad de reestablecerla. De la misma manera en la Sentencia 17811-2016-01246, el tribunal en su análisis proclama:

Al haberse producido la caducidad de la facultad que posee la Contraloría General del Estado, según lo estipulado en el art. 71, para determinar responsabilidades civiles, en razón del tiempo transcurrido, genera que dicho organismo de control automáticamente y de pleno derecho, dejo de tener competencia para determinar responsabilidades civiles culposos, dado que los controles de gestión y el examen de auditoría practicado comprende el periodo del 1 de diciembre al 30 de junio del 2005, operando lo estipulado en el art. 71 de la LOCGE antes de la reforma del 2009.

Consecuentemente en la propia Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado indica que la declaratoria de caducidad, “será declarada de oficio o a petición de parte por el Contralor General o por el Tribunal Contencioso Administrativo, según se hubiese presentado el reclamo como acción o excepción”; asimismo el Tribunal Contencioso Administrativo ha estipulado “quien está en la obligación de declararla de manera objetiva es el juzgador, aun cuando no exista petición de parte porque esta figura jurídica pertenece al orden público” Sentencia 17811-2016-01246.

Es válido acotar entonces que la caducidad hace alusión a “una institución de orden público, irrenunciable y que opera de pleno derecho por el simple

transcurso del tiempo” (Figuroa, 2013)³⁴, dado que esta figura está encaminada a determinar la pérdida o agotamiento de las facultades o de los derechos no ejercidos en un determinado tiempo, por ello Gonzáles (2014)³⁵ señala que “la caducidad es una sanción que estipula la ley a la persona que dentro del plazo legal no realiza la gestión positiva para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal”.

Por otro lado, la prescripción es un modo de extinguir las acciones y los derechos, y suele ser considerado “como un medio por el cual a causa de la inactividad del titular del derecho dilatado por cierto tiempo, se extingue el derecho mismo”(Coviello, 1949)³⁶, y la diferencia principal entre la prescripción y la caducidad, radica en que una pone fin a la instancia y la otra extingue la acción, precisamente porque la caducidad responde a la extinción de los derechos procesales y la prescripción es la pérdida de un derecho sustancial por el paso del tiempo; por otra parte debe tenerse presente que la caducidad es irrenunciable, mientras que la prescripción admite renuncia por parte del interesado.

2.2. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

La retroactividad suele ser entendida como la posibilidad de que la eficacia de normas en un momento determinado pueda surtir efectos en momentos pasados, sin embargo es válido acotar que de acuerdo a Serra (2002):

En lo que tiene relación a los actos administrativos, por el principio de seguridad jurídica, no resulta admisible la retroactividad, salvo en casos excepcionales. Ésta premisa ha sido elevada a categoría de principio del derecho y tiene mayor extensión en derecho público que en derecho privado (pág. 335).

³⁴ Figuroa, C. (2013). *Caducidad de la Instancia*. Scielo.

³⁵ Gonzáles, G. y. (2014). *Derecho de las Obligaciones*. México: Porrúa.

³⁶ Coviello, N. (1949). *Doctrina General del Derecho Civil*. México: Hispano Americana.

Por su parte el principio de irretroactividad tiene un carácter dinámico, pues su origen se sitúa en el derecho griego, dado que según lo estipulado por Macho (2005)³⁷:

El espíritu de “la no retroactividad de las nuevas leyes se justificaba con exigencias de “justicia”, “igualdad” y una elemental división de funciones estatales”; así con la evolución del derecho se logró concebir en “la época de la Republica romana, la irretroactividad como una regla general no escrita” y a partir del derecho romano logro considerarse como una formula escrita “ordenándole aplicar la ley del tiempo del hecho o conclusión del negocio jurídico” (pág.498).

Por otro lado, es claro que el principio de irretroactividad es un principio universal, donde se proclama que la ley rige para lo venidero, precisamente porque la ley no tiene efecto retroactivo.

3. ANÁLISIS DE SENTENCIA 13802-2017-00004

3.1. Caso

1. Acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción o subjetivo, suscrito con el número 13802-2017-00004, llega a conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, por interpuesta demanda presentada por Pacheco Luque Luis Felipe, el mismo que establece como pretensión: que se declare la ilegalidad del acto administrativo contenido en la resolución n° 3332 del 18 de febrero del 2016 y que se disponga a la parte demandada el archivo de dicha resolución, pues manifiesta que al momento de que Contraloría notificó la predeterminación de responsabilidad civil culposa – orden de reintegro, la facultad que tenía se encontraba caducada, incumpléndose el principio de irretroactividad de la ley, por ello demanda al Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Portoviejo, Directora Regional de la Contraloría General del Estado.

³⁷ Macho, A. B. (2005). *El principio de irretroactividad en el derecho tributario*. Barcelona.

2. El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, acepta la demanda propuesta por el actor para analizar las proposiciones establecidas sobre la resolución n° 3332 del 18 de febrero del 2016, por su parte la Contraloría General del Estado al contestar la demanda estipula que los actos administrativos no se encuentran caducados, puesto que la facultad de la Contraloría caduca en 7 años, tal y como los dispone la reforma del 2009 del art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Por lo tanto refiere que la caducidad no es pertinente, considerando que a la fecha de emisión y notificación de la orden de reintegro y el acto administrativo impugnado, estaba regido por la normativa del art. 71 de la ley de CGE, además de que en base a lo que estipula el Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la CGE, el examen especial a la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeralda, se emitió el 25 de enero del 2010, por lo que se interrumpe la caducidad.

2.1. Se realiza un examen especial ejecutado por la CGE a los ingresos, gastos de gestión, bienes de larga duración y análisis presupuestario de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeralda por el periodo comprendido entre el 1 de agosto del 2005 y el 31 de diciembre del 2009.

2.1.1. Producto de ese examen especial se constata el incumplimiento del Convenio de Cooperación Internacional suscrito por la Universidad y el Representante de la Asociación Juvenil Coordinadora por la inversión y el trabajo.

2.2. Se emite orden de reintegro el 24 de abril del 2015 en contra del señor Luis Felipe Pacheco Luque, aduciendo que “en su calidad de vicerrector no realizo las gestiones que franquea la ley para la entrega de

computadoras o en su defecto la devolución del valor egresado, causando perjuicio económico a la entidad en el valor materia de la orden de reintegro”.

2.2.1. Con fecha 5 de febrero del 2016, se notifica la resolución n° 3332 donde se resolvió confirmar la responsabilidad civil culposa del actor de manera subsidiaria.

3. EL tribunal es competente para conocer y resolver la causa planteada por el actor , para lo que se plantea el siguiente objeto de la controversia: “verificar si procede o no declarar la ilegalidad del acto administrativo contenido en la resolución n° 3332 de 18 de febrero de 2016, que confirma la responsabilidad civil culposa, en contra del actor por supuestamente no haber realizado gestiones para recuperar lo transferido, sin considerar que al momento de notificar la predeterminación de esta responsabilidad civil culposa – orden de reintegro, la facultad para hacerlo se encontraba caducada”.

3.1. La respuesta a si la causa a conocer y resolver por el tribunal debe ser favorable o no depende de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo contenido en la resolución n° 3332. Lo que a su vez, depende de las siguientes subcuestiones:

3.1.1. La acción planteada por el actor es subjetiva y de plena jurisdicción, por lo que el tribunal cree que sí por las siguientes razones:

3.1.1.1. El accionante solicita al tribunal que declare la ilegalidad de un acto administrativo determinado por la Contraloría General del Estado, por lo que al ser este reclamo parte de sus derechos individuales y personales que van a amparar el

derecho subjetivo del recurrente, presumiblemente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que provoquen efectos jurídicos directos, se determina que es una acción de plena jurisdicción.

3.1.2. Si la decisión de la Contraloría General del Estado determina la responsabilidad civil culposa a Luis Felipe Pacheco Luque. El tribunal cree que no por estas razones:

3.1.2.1. La caducidad no se interrumpe por lo dispuesto en el reglamento (art. 17), ya que esta norma modifica lo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGE, ya que introduce una variable que no consta en dicha ley. Se trata de un conflicto entre normas de distinta jerarquía, donde corresponde resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior en atención a lo dispuesto en la Constitución de la República (art. 425).

3.1.2.1.1. La Contraloría General del Estado sostuvo que la caducidad se interrumpe de conformidad a lo previsto en el artículo 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado. Dicha norma determinaba que la caducidad dispuesta en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Estado se calcula en el plazo de 5 años desde la fecha del acto u omisión del servidor público, y se interrumpe en la fecha en la que se produzcan en el proceso de control gubernamental.

3.1.2.2. El tribunal coincide con la doctrina y la jurisprudencia señalar que la caducidad opera por el simple transcurso del tiempo de manera automática sin intervención del juez, que solo está llamado a reconocer su ocurrencia.

3.1.2.2.1. Existen fallos de varios Tribunales Contencioso Administrativo y de la Corte Nacional de Justicia, que concuerdan, al referirse a la caducidad, que esta figura opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejecutar una acción o potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. La caducidad es la pérdida de un derecho por la falta de la actividad dentro del lapso que estipula la ley para su ejercicio, esta ópera tanto para el administrado como para la administración.

4. Basado en lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo, resuelve:

Acepta la demanda propuesta por el actor y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado contenido en la Resolución N°. 3332 y dispone su archivo por haber operado la caducidad del derecho de la entidad demandada al establecer la predeterminación civil culposa en contra del accionante de la causa.

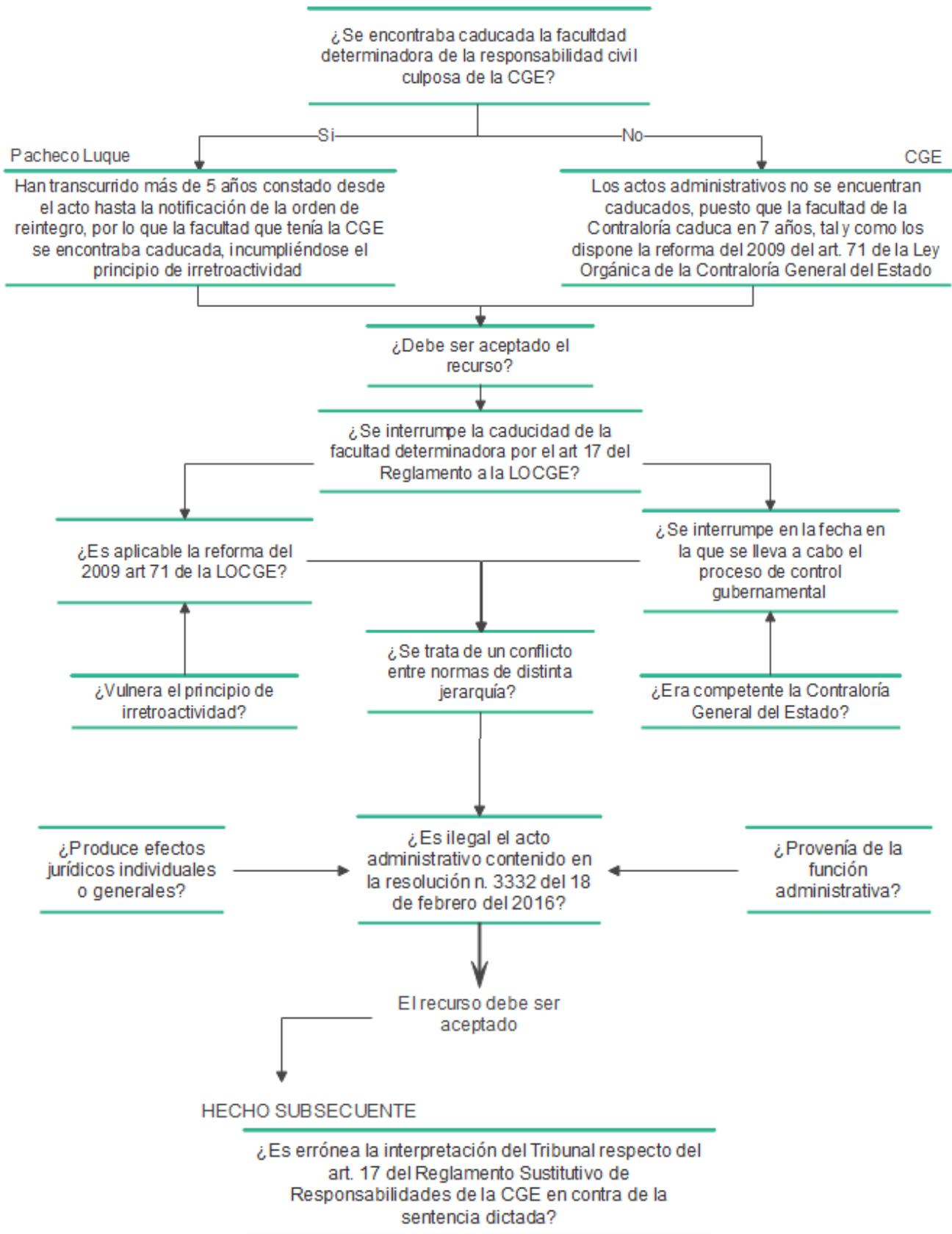
Hecho Subsecuente

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, luego del recurso planteado por la CGE, confirma la decisión del tribunal que declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado contenido en la resolución n° 3332 del 18 de febrero del 2016 y su archivo, por operar la caducidad del derecho de la CGE, para establecer la responsabilidad civil culposa. La Sala realiza un análisis

basado en el hecho de que la resolución n°3332 fue notificada el 5 de septiembre del 2016, por lo que sobrepasó ampliamente el plazo de cinco años que tenía en su momento la CGE para pronunciarse, de acuerdo a lo señalado en el art. 71 de la LOCGE. Además del hecho de que el suplemento del R.O. n° 1 del 11 de agosto del 2009, reforma el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGE, estableciendo que la facultad de la CGE, para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, así como para determinar responsabilidades, caduca en 7 años; es decir que en la especie dicha norma se debía aplicar a partir del 11 de agosto del año 2009. El artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGE, vigente a la fecha en la que se produjeron los hechos, ha de entenderse que regirá para lo venidero cumpliendo el principio de irretroactividad de la ley.

Al producirse la caducidad de la facultad de la CGE, conforme al art. 71 en razón del tiempo transcurrido, genera que dicho organismo de control automáticamente y de pleno derecho deja de tener competencia para determinar responsabilidades civiles culposas. La institución procesal de la caducidad no se obstaculiza, e involucra por tanto un plazo de actuación fatal, evidentemente ninguna facultad reglamentaria puede ir en contra del plazo de caducidad expresamente estipulado en la ley. La caducidad se combina de dos elementos la no actividad y el plazo, la primera referente a la inactividad de un sujeto para ejercer su derecho, y la segunda el tiempo que determina la ley para ejercer la caducidad; el plazo no se suspende ni se interrumpe.

3.2. Diagrama



3.3. Figuras Jurídicas

Entre los aspectos analizados en el caso, partimos señalando al acto administrativo es aquella figura en torno a la cual gira la acción planteada por la parte actora, para esto debe tenerse presente que su origen está en el derecho administrativo contemporáneo, pues su definición ha sido el resultado de diversos criterios, que pueden ir desde el sentido subjetivo hasta el sentido restringido, si nos focalizamos en el sentido subjetivo el acto administrativo podría ser definido como aquel “que es producido por los órganos administrativos”, sin embargo este eje se amplía en el sentido material “pues estos no solo son creados por órganos administrativos, sino también legislativos y jurisdiccionales” (Ruiz, 2016)³⁸. En este sentido Cassagne (1981)³⁹ indica lo siguiente:

La concepción objetiva permite deslindar el acto administrativo tanto del acto jurisdiccional de la administración, como del reglamento, los cuales, a pesar de ser emitidos ambos, por sujetos administrativos, traducen el ejercicio de las funciones jurisdiccional y legislativa, respectivamente, en sentido material. Desde otro punto de vista, se abre también -como hemos señala-do- la posibilidad de considerar la existencia de actos administrativos en los órganos legislativo y judicial, cuando ellos sean producto de una actividad materialmente administrativa (pág. 87).

Por lo tanto se puede determinar que el acto administrativo es aquel que instaaura la función administrativa, pero en el sentido restringido se indica que es una declaración de un órgano público con efectos jurídicos directos en casos individuales específicos. Pese a todas estas decisiones es necesario recurrir a los

³⁸ Ruiz, J. F. (2016). *Derecho Administrativo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

³⁹ Cassagne, J. C. (1981). *El acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

criterios de autores como Rivera (2012)⁴⁰, el mismo que indica que “un acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de la autoridad administrativa, dirigida a un particular, y en cumplimiento de sus funciones provoca consecuencias jurídicas para el sujeto y terceros, atendiendo a los fines públicos”.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico en el ERJAFE- Estatuto Regimen Juridico Administrativo Función Ejecutiva (2002)⁴¹, se lo define en el art. 65, como “toda afirmación unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos particulares de forma directa”. De la misma manera en el Código Orgánico Administrativo (2017)⁴² en el art. 98, se lo define como:

Una declaración de carácter unilateral de voluntad efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales, o también generales, teniéndose en cuenta que se agote con su cumplimiento y de forma directa se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital, quedando constancia en el expediente administrativo (pág.40).

Es decir que el acto administrativo no es más que una concreción de la resolución administrativa., cuyo objeto deriva del hecho de que debe ser preciso, pues representa una declaración que debe ser lícita, cierta y posiblemente jurídica. Según lo manifestado por Cordero (2016)⁴³:

Cuando se dice que el objeto del Acto Administrativo debe ser lícito, se refiere a que no debe estar prohibido por las normas jurídicas vigentes al momento de su emisión; es decir debe cumplir con las formalidades que la ley exige para que pueda surtir efecto y surgir a la vida jurídica. El objeto debe ser cierto en el momento de que llegue a su etapa de

⁴⁰ Rivera, J. B. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. México D.F.: Editorial Novum.

⁴¹ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE). (2002). Quito: Lexisfinder.

⁴² Código Orgánico Administrativo. (2017). Quito: Lexisfinder.

⁴³ Cordero, W. V. (2016). *La Importancia del Análisis Jurídico del Hecho Administrativo*. Cuenca

ejecución, lo que significa que su realización sea materialmente posible; si el objeto fuese incierto no podrá ser ejecutado por la persona o la entidad responsable del Acto Administrativo. Además el objeto del Acto Administrativo tiene que ser preciso o determinable siendo una condición indispensable para su existencia; debido a que esta figura administrativa conlleva una declaración unilateral de voluntad efectuada por la administración, en la no puede existir ninguna duda de cuál es el fin de la misma, o peor aún cual es la intencionalidad de la Administración Pública cuando emitió el acto (pág.68).

Obviamente su objeto va ligado incluso a los caracteres mismos del acto administrativo, dado que estos gozan de legitimidad y ejecutoriedad como caracteres propios del acto administrativo. En palabras simples se puede concebir al acto administrativo como un acto jurídico de derecho público que es emitido por una administración pública o por algún otro ente estatal en el ejercicio de la función administrativa, sin embargo sus características engloban mucho más, como lo son:

- La presunción de Legalidad

Los actos administrativos tienen caracteres jurídicos que permiten distinguirlo de un acto común, este carácter suele ser denominado como presunción de validez o presunción de legalidad, lo que permite que el acto a determinar sea correcto y cumpla con lo estipulado en los preceptos normativos. Para Dromi (1975)⁴⁴, la presunción de legalidad “quiere decir que la actividad administrativa ha sido emitida conforme a derecho”; por otra parte Hernández (1991) añade:

Que esta característica resulta privativa del acto administrativo, en efecto, respecto de los demás actos jurídicos, debe observarse que la impugnación en cuanto a su legitimidad impone la carga procesal de

⁴⁴ Dromi, J. R. (1975). *Presunción de Legitimidad en Acto y Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.

demostrar que satisface este requisito, y por ende, tiene plena validez (pág.154).

Es decir que todo acto administrativo se presume legítimo y válido frente a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente, lo que no significa que este sea inamovible, ya que puede estar sujeto a recursos frente al órgano jurisdiccional, carácter que será esclarecido en los puntos sucesivos como características del acto administrativo.

- Ejecutoriedad

Esta característica es una de las más importantes, pues se suele interpretar al acto administrativo en dos sentidos, porque este es obligatorio y debe cumplirse, o bien es una fuerza especial mediante la cual la administración puede ejecutar los actos contra la oposición de los interesados, “por ende puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto estos imponen deberes o restricciones a los administrados, aun contra la voluntad de los mismos” (Díez, 1961, pág. 261)⁴⁵.

- Caracteres Adicionales

Entre los caracteres adicionales del acto administrativo se encuentran: la estabilidad y la impugnabilidad. Referente a la estabilidad, Gordillo (1969)⁴⁶ señala que en la jurisprudencia argentina se estipulan que forman requisitos de la misma: “el hecho de ser un acto administrativo unilateral, que sea individual (no general), que se declare derechos subjetivos, que haya sido notificado al interesado, que sea regular y no haya ley que autorice su revocación” , de la

⁴⁵ Díez, M. M. (1961). *El Acto Administrativo*. Argentina: Tipográfica Argentina.

⁴⁶ Gordillo, A. (1969). *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

misma manera este autor sostiene que la impugnabilidad viene a ser la posibilidad del afectado o interesado para conformarse con dicho acto por lo que, puede defenderse del mismo mediante un procedimiento administrativo o por procedimiento judicial.

Son requisitos de validez del acto administrativo: la competencia, el objeto, la voluntad, el procedimiento y la motivación.

- La Competencia: hace alusión a las facultades y obligaciones atribuidas al órgano de la administración por medio de la constitución y la ley, por lo tanto la competencia es irrenunciable e improrrogable, precisamente porque el acto administrativo no puede convertirse en un acto redimible.
- El objeto: no es más que el motivo del acto, para Delgadillo (1989)⁴⁷, este elemento se logra identificar como el contenido del acto mismo, por lo que en línea con el derecho común deberá ser jurídicamente posible y que la materia a la que hace referencia sea real y pueda ser objeto de la actuación de la administración en línea con lo dispuesto en la ley.
- La voluntad: indica que el acto debe ser constituido por una voluntad libremente manifestada, pues esta puede ser expresa o tácita, y a la vez compuesta, por lo que “esta consiste en aquellas declaraciones que deciden un asunto o ponen fin a un procedimiento, asimismo debe considerarse que los actos administrativos también manifiestan otros estados intelectuales como es hoy admitido en la teoría general del acto jurídico” (M. Moncayo, Chamba y Sarmiento, 2019)⁴⁸.

⁴⁷ Delgadillo, L. (1989). *Elementos de Derecho Administrativo*. México: Noriega Editores.

⁴⁸ Moncayo, Chamba y Sarmiento. (2019). *El Acto Administrativo en el Código Orgánico Administrativo*. Loja

- El procedimiento: es decir es acatar las normas procedimentales, pues “el acto administrativo debe estar normado y no generarse por la sola voluntad del titular del órgano o entidad que lo va a dictar, el no ceñirse a los procedimientos legales, acarrea la nulidad del acto administrativo” (M. Moncayo, Chamba y Sarmiento, 2019)⁴⁹.
- La Motivación: es la fundamentación fáctica y jurídica con la que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Es importante destacar lo que señala el art. 100 del Código Orgánico Administrativo (2017)⁵⁰, al mencionar:

La motivación como requisito de validez del acto administrativo observará: la aplicación de normas o principios jurídicos y la determinación de su alcance; la apreciación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de evidencias que consten en el expediente administrativo y la explicación de la pertinencia del régimen jurídico exhortado en relación con los hechos determinados (pág.85).

La extinción del acto administrativo suele darse por consecuencias de hechos advertidos en los preceptos normativos, de acuerdo al art. 103 del Código Orgánico Administrativo (2017)⁵¹, el acto administrativo se extingue por:

1. Circunstancias de legitimidad, cuando se expresa su nulidad.
2. Revocatoria, de acuerdo a los casos estipulados en la ley.
3. Cumplimiento, cuando los efectos del acto administrativo se agotan.
4. Caducidad, cuando se confirma la condición resolutoria o cuando en el acto administrativo se cumple el plazo previsto o su régimen específico.

⁴⁹ Ibíd.

⁵⁰ Código Orgánico Administrativo. (2017). Quito: Lexisfinder.

⁵¹ Ibíd.

5. Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él.

La caducidad es un modo de extinción del acto administrativo, es un modo de extinción anormal, pues esta se aplica en razón de un transcurso de tiempo por la inacción por parte de la administración pública. Madariaga (1993)⁵² consagra que:

La caducidad es una sanción impuesta por el orden jurídico en vistas de resguardar el interés general de la colectividad, que sin lugar a dudas se encuentra comprometido en la ejecución de las actuaciones admitidas y facilitadas por un acto administrativo de efectos individuales. Si el titular de estas facultades no las ejerce dentro del tiempo previsto, debe la administración velar porque otro interesado pueda desarrollar la misma actividad lícita, en las mismas condiciones y con acceso a los mismos bienes de carácter público, generalmente escasos (pág.90).

Precisamente porque es una institución que se diferencia de las otras figuras extintivas, porque la ley o los particulares suelen fijar un término para la duración de un derecho y una vez transcurrido dicho término, no puede ejercitarse tal derecho. Bermúdez (2011)⁵³ señala que:

Una visión más general configura la caducidad como una especie dentro del género de las formas de extinción del acto administrativo, generalmente de actos administrativos que consagran situaciones jurídicas subjetivas de carácter favorable, que amplían el patrimonio del destinatario, pero que a su vez, imponen una carga jurídica que condiciona el ejercicio de la situación jurídica favorable y sus efectos. Ahora bien, es pertinente mencionar que en la caducidad administrativa no consta como vicio o ilegalidad alguna en el acto administrativo, que habiliten a la Administración del Estado para volver sobre sus actos, sino que simplemente ocurre una circunstancia de hecho a la cual se le atribuye un efecto jurídico capaz de concebir la extinción del acto administrativo (pág.142).

⁵² Madariaga, M. (1993). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

⁵³ Bermúdez, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago.

De esta forma se traduce que la caducidad no es más, que una consecuencia asociada a la inactividad, por la determinación de hechos habilitantes a fin de poder verificar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Otra de las figuras relevantes que se puede divisar en el caso analizado, es en cuanto al principio de retroactividad. Para esto tenemos presente que Casás (2002)⁵⁴ señala que el tema de la irretroactividad ha sido tratado ampliamente por la doctrina, lo que apunta a el hecho de que especialmente en el campo civil, los fundamentos esgrimidos resultan diversos. Se puede indicar que como regla general no se puede afectar a la nueva ley actos anteriores a su sanción, por este mismo hecho también se han aducido razones de orden lógico o racional, motivos de política legislativa, respeto al orden jurídico anterior, y requerimientos de seguridad jurídica. (pág. 624).

En tanto nuestro código civil es claro al manifestar que “la ley no dispone sino para lo venidero y que no tiene efectos retroactivos; y, que sólo en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observan las reglas de excepción”. Si bien es cierto la regla general de la irretroactividad ha tenido una evolución histórica en donde han existido factores determinantes como: el eje codificador y las consideraciones doctrinales, en tanto se ha consolidado al principio de irretroactividad como un principio general y de seguridad de las situaciones jurídicas. De acuerdo a los rasgos históricos el code civil francés fue precursor

⁵⁴ Casás, J. O. (2002). *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Buenos Aires: Ad Hoc.

en la formulación de la regla de irretroactividad, donde es necesario destacar tres aspectos esenciales como los que indica Macho (2005)⁵⁵ al mencionar:

La no previsión de una disposición expresa de retroactividad por el legislador, que planteo inicialmente algunas sobre el significado y función del precepto; el carácter objetivo y marcadamente genérico de la formulación, que exigirá la concreción de su alcance por la doctrina; y la ausencia de mención de supuestos que permitan excepcionar la regla general de irretroactividad (pág. 630).

Es necesario manifestar que la función de esta regla es la de dirigir la actividad del interprete, es decir que en ausencia de disposición de la nueva ley debe de regirse por una retroactividad expresa, es por ello que la doctrina señala como punto focal el concretar los alcances de la misma, en vista de que la aplicación normativa se vea limitada al tenor de los preceptos normativos.

Con el tiempo el principio de irretroactividad tomo rango constitucional, considerándose un principio “que pretende proteger la libertad personal frente a inmisiones legislativas retroactivas” (Macho, 2005)⁵⁶. De la misma manera la irretroactividad es un componente de la seguridad jurídica lógicamente como un elemento de interpretación de la norma jurídica. Para juristas como Gutiérrez (1993)⁵⁷ los fundamentos de la irretroactividad:

Versan sobre dos ejes el filosófico y el jurídico, el primero se refiere a su propia naturaleza y es pre figurativa de una determinada conducta y el jurídico, encuentra su razón de ser en la prohibición expresa de la retroactividad de la ley” (pág.168).

En este mismo orden de ideas debe entenderse que este principio da validez a la preservación del orden público, seguridad y estabilidad jurídica; por lo que se trata de posibilidad racional, siendo la razonabilidad la que permite no entrar en

⁵⁵ Macho, A. B. (2005). El principio de irretroactividad en el derecho tributario. Barcelona.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Gutiérrez, M. M. (1993). Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo XXI. Chile: Editorial Jurídica.

contradicciones o en desconocimiento del derecho adquirido o legítimamente constituido.

Por último, otro aspecto que se resalta en la sentencia, es en cuanto al convenio de cooperación, para lo que partimos del hecho de que suelen ser definidos como “convenios acordados por dos o ms comunidades autónomas para colaborar en materias de su competencia” (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2015)⁵⁸, por ende, el convenio de cooperación interinstitucional no es más que un acuerdo celebrado entre una institución y personas jurídicas de derecho público o privado con el fin de aprovechar sus recursos y fortalezas. Una de las ventajas principales de la colaboración interinstitucional es “generar foros de discusión interdisciplinarios para transferir y aplicar los resultados de un proyecto de manera más rápida e inmediata a la población de interés” (López, Thompson, Brito y López, 2014)⁵⁹. Es clave determinar que en este tipo de colaboración están insertos programas destinados a realizar investigaciones o simplemente a contribuir en realidades sensibles a la realidad académica, científica y social. Para Marroig (2010)⁶⁰

Este acuerdo de voluntades, en el ámbito general de actuación de la Administración Pública, genera derechos y obligaciones relativos entre los involucrados; sin embargo, es un acuerdo para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos. (pág.205).

⁵⁸ *Diccionario panhispánico del español jurídico*. (2015).

⁵⁹ López D, Thompson M, Brito L y López M. (2014). *Los convenios como herramientas para fomentar el desarrollo institucional*. Revista Esp. Méd Quir.

⁶⁰ Marroig, T. M. (2010). *Los Convenios. distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio*.

Este autor parte de cuestiones clave, que nos permite establecer que el convenio de colaboración vine a ser un instrumento para una colaboración interinstitucional con objetivos compartidos, pero en el caso de la cosa pública su finalidad es el traslado de recursos públicos entre entidades públicas sin un interés patrimonial particular.

3.4. Comentario

En el caso analizado se logra apreciar el proceso de auditoría gubernamental por parte de la Contraloría General del Estado, que por su naturaleza fue un examen especial realizado a los ingresos, gastos de gestión, bienes de larga duración y análisis presupuestario de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas por el período 1 de agosto 2005 y 31 de diciembre del 2009. Debe tenerse en cuenta que la administración pública es la encargada del control y utilización de los recursos estatales, siendo aquel rol atribuido a la Contraloría General del Estado por medio de las auditorías gubernamentales. A partir de la auditoría realizada por el órgano de control se emite una orden de reintegro con la que se predeterminó la responsabilidad civil culposa del accionante, siendo ratificada en la resolución n. 3332 debido a que el Vicerrector académico no realizó las gestiones que franquea la ley para la devolución de computadoras o del valor egresado del convenio interinstitucional que fue celebrado con la Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo.

La sentencia fue acertada debido a que falla a favor del actor y parte de cuestiones que engloban el principio de competencia de la Contraloría General del Estado, aun cuando no es el eje central de los argumentos del tribunal, teniendo en cuenta que este principio es aquel que legitima la actuación de los

órganos en la esfera de la administración pública, es decir se trata de una limitante que rige bajo preceptos constitucionales ligado a una aptitud otorgada para la validez de sus actuaciones. En cuanto a la competencia Código Orgánico administrativo (2017)⁶¹ señala que: es la medida en la que la Carta Magna y la ley facultan a un órgano para proceder, en tal razón se tendrá en cuenta lo referente a la materia, el tiempo, delimitación espacial y grado.

Partiendo desde la pretensión de la parte actora en cuanto a la ilegalidad del acto administrativo (resolución 3332) dado por la Contraloría General del Estado, o bien la no validez del mismo por ir en contra de preceptos legales, se logra divisar que uno de los requisitos para la validez de dicho acto es la competencia, siendo tal que esta existe únicamente cuando hay norma expresa que la habilite, traduciéndose en la aplicación más directa del principio de legalidad ya que debe darse o ceñirse a los límites normativos.

La Contraloría General del Estado es el único órgano a nivel Estatal que puede determinar responsabilidades administrativas, culposas o indicios de responsabilidad penal siempre que sean aspectos o gestiones sujetas a su control; en lo que atañe a la responsabilidad civil culposa señalada en la Ley Orgánica de la Contraloría General Estado (2017)⁶², esta se origina a partir de un acto directo o indirecto del servidor estatal que va afectar a los recursos del Estado, por lo que este tiene la responsabilidad de reparar el perjuicio causado según los resultados que arrojen las auditorías gubernamentales.

La responsabilidad civil culposa se origina en la acción de carácter culposa, no intencional de un servidor del Estado o un tercero, en calidad de autor o beneficiario, de un acto administrativo dado sin tener la cautela

⁶¹ Código Orgánico Administrativo. (2017). Quito: Lexisfinder.

⁶² Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.(2002)

necesaria y debida para que no se generen resultados que atenten en contra de bienes o recursos estatales. Siendo este hecho el que dará como consecuencia una obligación de carácter jurídico indemnizatorio por perjuicio económico en contra de instituciones públicas, que se va a computar a la fecha en que se generó, es necesario tener en cuenta que esta se da sin convención, y proviene de aquel acto u hecho culpable del servidor o de un tercero, realizado sin intención de dañar que se acopla a las normas Código Civil en lo respecta a los cuasidelitos.

En el ámbito procesal, sea en lo administrativo o jurisdiccional, se deberá probar por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia o negligencia.

En este mismo orden de ideas, aquella aptitud legal por parte de la Contraloría General del Estado se ve regida por restrictivos temporales, es decir hablamos de incompetencia cuando se actúa extemporáneamente o cuando sus atribuciones se ven aminoradas por el tema de la caducidad, lo que en la especie se da en su facultad determinadora de responsabilidad civil culposa bajo el precepto contenido en el art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no reformado determinaba una caducidad de 5 años, y luego de la reforma de 7 años. A este punto salta a la vista la aplicación o menos de la reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado 2009, así como también el Reglamento Sustitutivo de las Responsabilidades donde se determina que esta caducidad puede ser interrumpida.

Consecuentemente, se habla de un reglamento que tiene como finalidad ampliar los preceptos normativos contenidos en la LOCGE en lo referente a su facultad determinadora de responsabilidad civil, lo que no implica cambiar el sentido de la norma jerárquicamente superior. Por lo que el tribunal resuelve partiendo de un problema de jerarquía de normas, sin contemplar la irretroactividad de la reforma del art. 71 de la LOCGE en cuanto a los años de

caducidad, en vista de que al ser resuelta esta cuestión a priori no sería necesario en lo absoluto tomar en cuenta el tema de la reforma al art 71 de la LOCGE, lo que conduce inequívocamente al hecho de que al no contar la facultad legal para realizar dicha actuación administrativa contenida en la resolución n. 3332 esta no tendría validez por la evidente incompetencia o falta de aptitud legal. (Gráfico 2)

Art. 425.- El orden jerárquico determinado en nuestra Carta Magna para la aplicación de leyes es: Constitución de la República; tratados internacionales; leyes de carácter orgánico; leyes de carácter ordinario; normas regionales y ordenanzas distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; acuerdos y resoluciones; y aquellos actos de los poderes públicos. En caso de existir conflicto entre normas de diferente orden jerárquico, será la Corte Constitucional, jueces, autoridades administrativas y servidores estatales, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. Sobre este hecho tenga en cuenta que la jerarquía va a considerar en lo que corresponda, el principio de competencia, haciendo énfasis en las que son exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Es preciso señalar que la motivación no solo se debía hacer señalando la jerarquía de normas, sino también haciendo alusión a los requisitos de validez del acto, y a lo señalado en la Constitución en cuanto a los principio de ejercicio de los derechos, para ser dejado sin efecto, así mismo debe tenerse en cuenta que la CGE no debió confirmar la predeterminación de responsabilidad civil culposa porque no existe ni en el expediente de la CGE ni en los archivos de la universidad acto administrativo como medio de expresión jurídico formal, claro y definido que opere como manifestación de voluntad administrativa.

Por último vale la pena resaltar lo señalado en el artículo 11 de la Constitución de la República (2008)⁶³ en cuanto a que el ejercicio de los derechos se manejará por principios:

Los derechos se regirán por principios: derechos y garantías señalados en la Carta magna e instrumentos internacionales de derechos humanos van a ser de directa e inmediata aplicación por parte de los servidores públicos, administrativos o judiciales, de oficio o a petición de parte. No se podrán exigir requisitos que no estén establecidos en la carta magna o normas vigentes en el ordenamiento jurídico

Así resaltando el hecho de que ante toda aplicación de una norma se tendrá en cuenta las disposiciones reconocidas por la ley, siendo inconstitucional toda acción de carácter regresivo determinado en el inciso 8 en vista de la aplicación directa de la norma, como principio en cuanto a lo que determinada en el art 71 antes de su reforma en vista de no haber competencia por encontrarse caducada.

El hecho de contar con principios ultra norma nos permite dar una real y eficaz aplicación de la filosofía garantía que propugna nuestra Constitución en el primer artículo, filosofía que debe ser aplicada en la administración misma del Estado, para ello requiere que los derechos que asistan a los administrados sean de directa e inmediata aplicación por parte de los administradores, esto apunta a que toda actuación que se dé fuera de lo establecido en el marco jurídico ecuatoriano viene a ser un atentado ilegítimo. El organismo de control de nuestro país se rige bajo principios claros que se señalan en el Código Administrativo y bajo una premisa clara y precisa en cuanto a que no puede actuar más allá de lo que la ley no le faculta.

⁶³ Constitución de la República. (2008). Montecristi: Lexisfinder.

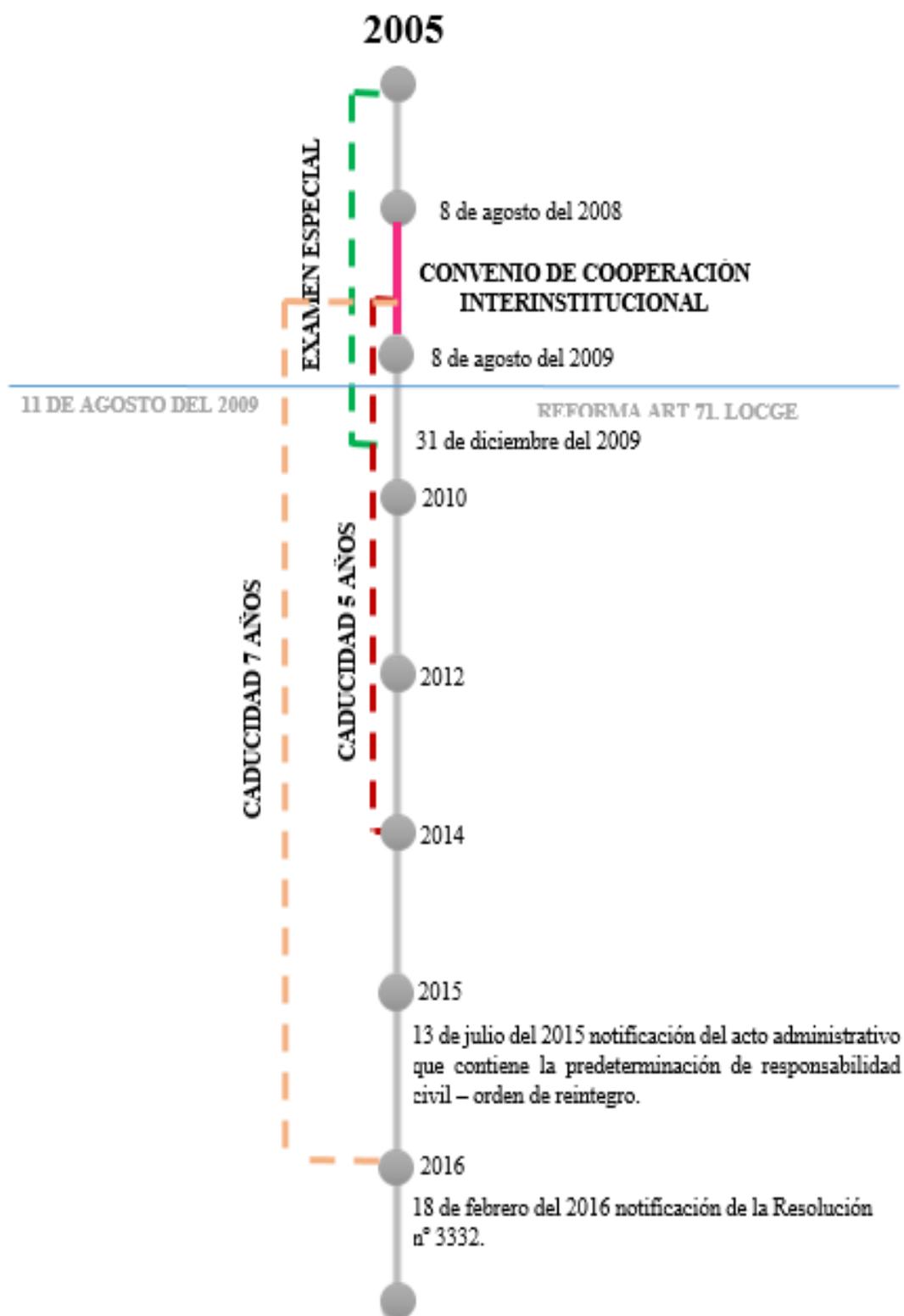


Gráfico 2
Fuente: Elaboración propia.

3. CONCLUSIÓN

La Contraloría General del Estado en el Ecuador es un organismo de control de la utilización recursos públicos que vigila su uso, con el fin de precautelar el beneficio de la sociedad, en la Constitución de la República se determina que es el máximo organismo de control fiscal que dirige el sistema de control administrativo, determina responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, así como también expide normativa para el cumplimiento de sus funciones. El caso elevado ad análisis parte de las facultades reconocidas a la Contraloría General del Estado como ente estatal investido de presunción de legalidad en sus actuaciones, donde al ser el único organismo con la facultad constitucional de determinar responsabilidades en cuanto a la utilización de fondos públicos, inicia un proceso de auditoría gubernamental con un examen especial a los ingresos, gastos de gestión, bienes de larga duración y análisis presupuestario de la Universidad Técnica Luis Vagas Torres de Esmeraldas por el período 1 de agosto 2005 y 31 de diciembre del 2009, orden de reintegro con la que se predetermino la responsabilidad civil culposa del accionante, siendo ratifica en la resolución n. 3332 debido a que el Vicerrector académico no realizo las gestiones que franquea la ley.

En tal razón, siendo este acto administrativo de determinación de responsabilidad civil culposa por parte del organismo competente, una actuación que goza de presunción de legalidad, Luis Pacheco el Vicerrector de la Universidad Técnica Luis Vagas Torres de Esmeralda interpone una acción subjetiva en ante el Tribunal Contencioso Administrativo alegando una caducidad de la facultad determinadora por parte del órgano de control, siendo

este la Contraloría General en nuestro país, como derecho irrenunciable que opera de pleno derecho. El análisis que lleva a cabo el Tribunal Contencioso Administrativo gira en torno de los hechos probados por las partes, donde se determina que hubo un examen especial que, bajo los argumentos de la Contraloría, interrumpiría la caducidad estipulada bajo el precepto del art. 71 en concordancia con el art. 17 del Reglamento Sustituido.

La controversia fue planteada a partir de la caducidad de la responsabilidad civil culposa a partir de un conflicto de normas de distinta jerarquía, donde se determina que el reglamento va a cambiar el sentido de la norma jerárquicamente superior y consecuentemente al no ser interrumpida la caducidad, no se podría haber dictado el acto administrativo que orden de reintegro con la que se predetermino la responsabilidad civil culposa del accionante. Los argumentos que motivan la resolución hacen énfasis en que la institución jurídica de la caducidad se compone de dos elementos: el plazo y la inactividad. Siendo el primero el tiempo que designa la ley para tal efecto, sin posibilidad de suspenderse o interrumpirse; y el segundo aspecto la no actividad del sujeto en ejercer su derecho reconocido.

El análisis llevado a cabo evidencia que el tribunal resuelve a priori la cuestión del conflicto de normas de distinta jerarquía, que conduce a una actuación ilegal o fuera de su competencia a Contraloría General del Estado, lo que en la especie no contempla fue la competencia del órgano de control como motivación legítima de la actuación, siendo la misma competencia un requisito de validez del acto administrativo. Dicha competencia se trata de una restricción que va a invalidar toda actuación administrativa emitida extemporáneamente, lo

que se evidencia a partir del argumento de la parte actora en cuanto a la irretroactividad de la norma, cuestión que viene resulta en lo sucesivo en recurso extraordinario de casación, y hace particular énfasis en la limitación de las actuaciones en el derecho público por el derecho objetivo

Para este efecto, debe tenerse en cuenta que la resolución n°3332 donde se confirma la responsabilidad civil culposa fue notificada el 5 de septiembre del 2016, por el examen especial realizado por el periodo comprendido entre el 1 agosto del 2005 y el 31 de diciembre del 2009, lo que sobrepasa el plazo de cinco años que se le atribuían a la CGE para pronunciarse amparado en el art. 71 de la LOCGE vigente a la fecha. El suplemento del R.O. n° 1 del 11 de agosto del 2009, reforma el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGE en cuanto a sus atribuciones para profesar sobre actividades de organismos estatales, y de la misma manera, señalar responsabilidades, siendo que esta caduca en 7 años; es decir que en la especie dicha norma se debía aplicar a partir del 11 de agosto del año 2009. El artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGE, vigente a la fecha en la que se produjeron los hechos, ha de entenderse que regirá para lo venidero cumpliendo el principio de irretroactividad de la ley.

Conforme a este hecho se logra divisar que pleno derecho dicho organismo de control de deja de tener competencia para determinar responsabilidades civiles culposas en línea con el principio de irretroactividad de la ley, además de que ningún reglamento puede ir en contra de una ley orgánica para legitimar la competencia del órgano de control del Estado.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Contraloría General del Estado. (2002). *Manual General de Auditoría Gubernamental*. Registro Oficial de 10 de octubre de 2002,.
- Contraloría General del Estado. (2018). *Reglamento de Determinación de Responsabilidades*. Acuerdo n° 050-CG-2018.
- Tribunal Contencioso Administrativo. (2016). *Sentencia 17811-2016-01246*.
- Bermúdez, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago.
- Casás, J. O. (2002). *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente, a partir del princi-*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cassagne, J. C. (1981). *El acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Código Orgánico Administrativo. (2017). Quito: Lexisfinder.
- Constitución de la República*. (2008). Montecristi: Lexisfinder.
- Contraloría General del Estado. (2017). *Contraloría General del Estado*.
Obtenido de: página web oficial CGE.
- Cordero, W. V. (2016). *La Importancia del Análisis Jurídico del Hecho Administrativo*. Cuenca. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/25186/1/tesis.pdf>
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia No. 031-12-SEP-CC*. Registro Oficial No. 683-S de 16 de abril de 2012.
- Coviello, N. (1949). *Doctrina General del Derecho Civil*. Mexico: Hispano Americana.
- Daniel López, María Thompson, Leticia Brito y María López. (2014). Los convenios como herramientas para fomentar el desarrollo institucional. *Revista Esp. Méd Quir*.
- Delgadillo, L. (1989). *Elementos de Derecho Administrativo*. Mexico: Noriega Editores.

- Dextre, J. C. (2016). Un encuentro con la auditoría gubernamental. *Revista Lidera*, 34-38.
- Diana Figueroa, Cecilia Narvaéz y Juan Erazo. (2019). El examen especial como proceso de control: fase y aplicación práctica en el sector público. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*.
- Diccionario panhispánico del español jurídico*. (2015). Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/acuerdo-de-cooperaci%C3%B3n>
- Díez, M. M. (1961). *El Acto Administrativo*. Argentina: Tipografía Argentina.
- Diez, M. M. (1971). *Análisis de Responsabilidad civil de los funcionarios públicos*.
- Dromi, J. R. (1975). *Presunción de Legitimidad en Aacto y Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Estatuto Regimen Juridico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE). (2002). Quito: Lexisfinder.
- Figueroa, C. (2013). *Caudicidad de la Instancia*.
- Gonzáles, G. y. (2014). *Derecho de las Obligaciones*. Mexico: Porrúa.
- Gordillo, A. (1969). *El Acto Administrativo* . Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Granda, N. (2006). *Fundamentos de derecho administrativo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Gutiérrez, M. M. (1993). *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo XXI*. Chile: Editorial Jurídica.
- Hernández, G. A. (1991). *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*. México: Editorial Porrúa.
- Juan Betancourt y Antonio Sánchez. (2015). El control de gestión y su impacto en la eficiencia. *Revista Retos*, 9.

- M. Moncayo, Chamba y Sarmiento. (2019). *El Acto Administrativo en el Código Orgánico Administrativo*. Loja. Obtenido de file:///C:/Users/USUARI~1/AppData/Local/Temp/533-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1985-1-10-20191118.pdf
- Macho, A. B. (2005). *El principio de irretroactividad en el derecho tributario*. Barcelona.
- Madariaga, M. (1993). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Marroig, T. M. (2010). *Los Convenios. distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio*.
- Nacional, A. (2002). Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.
- Ponce, A. D. (06 de 2018). *Derechoecuador.com*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/contraloria-general-del-estado>
- Puga, R. A. (2001). *Manual de Auditoría de Gestión*. Obtenido de: página web oficial CGE.
- Rivera, J. B. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. México D.F.: Editorial Novum.
- Ruiz, J. F. (2016). *Derecho Administrativo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- Serra, A. (2002). *Derecho Administrativo*. Porrúa.

5. ANEXOS

Sentencia Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario

3802-2017-00004-COGEP- VISTOS: El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en la ciudad de Portoviejo y con jurisdicción para las provincias de Manabí y Esmeraldas, integrado por los jueces DR. JUAN JOSE PROAÑO ZÚÑIGA; DR. JUAN CARLOS CHILQUINGA RAMIREZ; y, DR. OSWALDO AVILÉS CEVALLOS, en calidad de JUEZ PONENTE, atento al estado de la causa, dentro del término legal previsto en el Art. 93 del Código Orgánico General de Proceso, en adelante COGEP, una vez que han sido escuchadas las partes, y analizadas en su conjunto las pruebas practicadas en la Audiencia de Juicio, éste Tribunal dicta el siguiente fallo de conformidad a lo previsto en los artículos 95 y 313 del Código Ibídem: En lo principal, el señor LUIS FELIPE PACHECO LUQUE, comparece ante este Tribunal, por sus propios derechos y deduce acción contencioso administrativa subjetiva de plena jurisdicción, bajo el procedimiento ordinario, en contra de la CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO, en la interpuesta persona del Dr. Carlos Polit Faggioni, en su condición de Contralor General del Estado, solicitando además se cuente con el señor Procurador General del Estado.- El accionante en su demanda y en el escrito que aclara y completa la misma, sostiene los siguientes hechos: UNO.- Que esta acción tiene soporte en que el 5 de septiembre de 2016, fue notificado con la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, suscrita por el Ab. Daniel Fernández de Córdova, Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado. DOS.- Que el accionante en su demanda solicita a este Tribunal que declare la ilegalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, dictado por la Contraloría General del Estado, mediante la cual la Entidad de Control confirma la responsabilidad civil culposa en su contra, por no haber realizado gestiones en su condición de Vicerrector Administrativo de la Universidad Luis Vargas Torres de Esmeraldas, para obtener la entrega de los bienes o recuperar los valores entregados a la “Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo” derivados del Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito por dicho centro de Educación Superior y la mencionada Asociación, por considerar

que al momento de que fue notificada la predeterminación de esta responsabilidad civil culposa orden de reintegro, la facultad para hacerlo se encontraba caducada. TRES.- Que fundamenta el ejercicio de su acción en lo que disponen los artículos 300, 303 numeral 1, 304 numeral 1, 306 numeral 1 y 326 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, en armonía con lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y lo señalado en el numeral 4 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial. CUATRO.- PRETENSIÓN.- Por lo expuesto, y por cuanto la Contraloría General del Estado, al confirmar en su contra la responsabilidad civil culposa, predeterminada mediante orden de reintegro, a través de la Resolución impugnada, por supuestamente no haber realizado gestiones para recuperar lo transferido y sobre todo sin considerar que al momento de notificar la predeterminación de responsabilidad civil culposa-orden de reintegro la facultad que tenía para hacerlo se encontraba caducada, inobservó el principio de irretroactividad de la ley e incumplió lo previsto en el artículo 7 del Código Civil ecuatoriano, solicita al Tribunal lo siguiente: a) Que declaren la ilegalidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016; y, b) Se disponga a la demandada, la Contraloría General del Estado, el archivo de la citada Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016.- CON LA ACCIÓN PROPUESTA, ha sido citada en legal y debida forma la entidad demandada, quien de fojas 34 a 40 vuelta, contesta la demanda sin proponer excepciones previas, y manifiesta que el acto administrativo impugnado goza de legalidad y legitimidad, puesto que ha sido emitido por autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos; y, que en lo que respecta a la caducidad de la facultad de la Entidad de Control, alegada por el accionante, esta no ha operado ya que la caducidad se interrumpió en base a lo dispuesto en el Art. 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado. Además propone las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas institucionales, especialmente al emitir la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016. 3. Improcedencia de la demanda. 4. Inexistencia de vulneraciones al debido proceso, ya que la determinación de orden de reintegro, constante en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016 en contra del actor se lo ha realizado tomando en cuenta las

competencias legales atribuidas al ente de control. 5. Inexistencia de la caducidad alegada, puesto que el acto administrativo impugnado se emitió dentro de los períodos legalmente establecidos por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con el Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades vigente a la fecha del proceso de determinación de responsabilidades en contra del actor.- De fs. 191 del proceso, comparece el Dr. Jaime Andrés Robles Cedeño, en calidad de Director Regional de la Procuraduría General del Estado, señalando casillero electrónico para notificaciones, sin contestar la demanda ni proponer excepciones.- EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR, realizada el 01 de junio de 2017, a las 14H30, este Tribunal integrado por los jueces: DR. JUAN JOSE PROAÑO ZÚÑIGA; DR. JUAN CARLOS CHILQUINGA RAMIREZ; y, DR. OSWALDO AVILÉS CEVALLOS, en calidad de JUEZ PONENTE, declaró la validez procesal, fijando como OBJETO DE LA CONTROVERSIA, lo siguiente: “Verificar si procede o no declarar la ilegalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, que confirma la responsabilidad civil culposa, en contra del actor por supuestamente no haber realizado gestiones para recuperar lo transferido, sin considerar que al momento de notificar la predeterminación de esta responsabilidad civil culposa orden de reintegro, la facultad para hacerlo se encontraba caducada”.- Además el Tribunal por considerarlas pertinentes, útiles y conducentes para el esclarecimiento de la verdad de los hechos motivo de esta controversia, mediante Auto Interlocutorio admitió pruebas enunciadas por las partes en esta Audiencia Preliminar, de conformidad con el siguiente detalle: UNO.- PRUEBAS ADMITIDAS DEL ACTOR: De conformidad con el orden y la identificación dada por el accionante en el escrito de presentación de la demanda, el Tribunal admitió las siguientes pruebas: a) Fotocopia del acto administrativo que contiene la Resolución No. 3332, de fecha 18 de febrero de 2016; b) Fotocopia del acto administrativo que contiene la predeterminación de responsabilidad civil-orden de reintegro No. 30 de 24 de abril de 2015; c) Fotocopia del Convenio de Cooperación Interinstitucional, suscrito el 8 de agosto de 2008 entre el Licenciado José Benito Reyes Pazmiño, en su calidad de Rector y el señor Fabrizio Jamil Moreira Salame, Presidente y Representante Legal de la Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo; y, d) Fotocopia del documento de

septiembre 7 de 2015, firmado por el Ing. CARLOS Plata Cabrera, Director de Informática y Administrador Informático ESIGEG-UTELVT, de la Universidad Luis Vargas Torres de Esmeraldas.- DOS.- PRUEBAS ADMITIDAS DE LA ENTIDAD DEMANDADA: De conformidad con el orden y la identificación dada por la entidad accionada contenida en el escrito de contestación a la demanda, el Tribunal admitió las siguientes pruebas: 1.- El informe de examen especial No. DR5DPE-0004-2011, realizado”... a los ingresos, Gastos de Gestión, Bienes de Larga Duración y Análisis Presupuestarios de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas, por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2005 y el 31 de diciembre de 2009; y, a la compra de bienes realizados el 27 de junio de 2010”, constante de fojas 1 a la 91 del expediente administrativo y, de este en especial lo pertinente a fojas 51 a 52 (páginas 46 y 47 del informe). 2.- Orden de Reintegro No 0000030-GL70-DR10-DPEJ de 24 de abril de 2015, con el cual se predeterminó responsabilidad civil culposa en contra del accionante; y, su notificación efectuada el 13 de julio de 2015, constantes a fojas 97, 97, vta. y 98 del expediente administrativo. 3.- Contestación a la orden de reintegro efectuada mediante comunicación ingresada a la contraloría general del estado, el 6 de octubre de 2015, con control de comunicación no. 86069, con sus respectivos anexos, constantes a fojas 99 a la 114 del expediente administrativo. 4.- Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito con la Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo, con el señor Fabrizio Jamiel Moreira Salame, en su calidad de Presidente y Representante Legal, el 11 de agosto de 2008, constante a fojas 108 a 110 del expediente administrativo. 5.- La resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, mediante la cual se confirmó la orden de reintegro en contra del señor Luis Felipe Pacheco Luque, por la cantidad de 8.107,50 USD; y, su notificación efectuada en persona el 05 de septiembre de 2016, constante a fojas 115 a la 118 del expediente administrativo.- EN LA AUDIENCIA DE JUICIO efectuada el 06 de julio de 2017, a las 14H30, este Tribunal integrado por los jueces: DR. JUAN JOSE PROAÑO ZÚÑIGA; DR. JUAN CARLOS CHILQUINGA RAMIREZ; y, DR. OSWALDO AVIILÉS CEVALLOS, en calidad de JUEZ PONENTE, dispuso la práctica de las pruebas admitidas en la Audiencia Preliminar, de manera oral acorde a lo dispuesto por el artículo 159 último inciso del COGEP, las mismas que han sido analizadas en forma detenida

y valoradas en su conjunto.- Atento al estado de la causa, que es la de dictar el fallo por escrito, para hacerlo el Tribunal CONSIDERA: PRIMERO: Este Tribunal es competente para conocer y resolver el presente caso, en conformidad con lo establecido en el Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador; Art. 217.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 299 del COGEP.- SEGUNDO: La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, propuesta como excepción por la entidad demandada, lo único que hace es atribuir la carga de la prueba al accionante quien ya la tenía por la presunción de legalidad y ejecutoriedad de los actos dictados por la administración pública. Esta presunción tiene efecto “iuris tantum”; es decir, tiene valor hasta cuando la autoridad competente determine lo contrario, control que puede producirse de oficio o a petición de parte, este último, es el que ha recurrido la parte actora, al presentar su demanda ante este Tribunal.- TERCERO: Al momento de calificar la demanda, el Juez de Sustanciación, la encontró clara y con los requisitos exigidos por la Ley, motivo por el cual se desestima la excepción de improcedencia de la acción, propuesta por la entidad demandada.- CUARTO: Aun cuando el actor haya establecido en el libelo inicial que su acción es subjetiva y de plena jurisdicción, corresponde al Juzgador determinar la clase de acción que propone, conforme la jurisprudencia vinculante de la ex Corte Suprema y actual Corte Nacional de Justicia, así por ejemplo tenemos el fallo publicado en la Gaceta Judicial del año XCVIII, Serie XVI, No. 11, Pág. 2972 (Quito, 27 de marzo de 1998), que dispone “[...] que en cuanto a la determinación de la clase de recurso interpuesto tanto la unánime jurisprudencia de esta Sala como del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como la doctrina de los tratadistas establecen que corresponde al Tribunal determinar si el recurso propuesto es objetivo o subjetivo, aún contra lo que diga el recurrente, habida cuenta de que este bien puede utilizar la determinación del recurso para adecuarlo a sus personales intereses en el caso. La atribución de la determinación por parte del Tribunal de ninguna manera se ve limitada por la calificación de los requisitos formales de la demanda, realizada en la primera providencia por el Magistrado de Sustanciación. Lo anterior nos lleva a establecer que el juez a quo no violó disposición legal alguna al proceder a determinar la clase de recurso en la sentencia, tanto más que es evidente, pese al errado pronunciamiento del libelo,

que este se propuso con el propósito de lograr que se declare ilegal la privación de la carga horaria de la recurrente, su reintegro inmediato al colegio y al pago de sus sueldos, pretensiones que tienen por objeto el amparo de los derechos subjetivos del recurrente, es decir que configura el recurso de plena jurisdicción o subjetivo. Sala de lo Contencioso Administrativo [...]” (La cursiva es del Tribunal). En la especie, el accionante solicita al Tribunal que declare la ilegalidad del Acto Administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, que confirma la responsabilidad civil culposa en contra del actor; y, disponga a la demandada, la Contraloría General del Estado, el archivo de la citada Resolución. Este reclamo es parte de sus derechos individuales y personales, por lo que se trata de una acción subjetiva o de plena jurisdicción.- Sobre este particular se hace necesario transcribir la parte pertinente del fallo dictado por la ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente de Casación No. 67, publicado en el Registro Oficial No. 374 de 23 de julio de 2001, que dice: “[...] Al respecto el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe claramente que el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata; en tanto que el recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal; disposición que es aún más aclarada por la resolución generalmente obligatoria del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional, publicada en el Registro oficial No. 722 de 9 de julio de 1991, que textualmente prescribe: "Que respecto a un acto administrativo de carácter General, puede interponerse recurso objetivo o de anulación cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente". De las normas antes señaladas, aparece claramente que son perfectamente diferentes las dos clases de recursos por el propósito que guía la acción: si lo que se pretende es amparar un derecho subjetivo del recurrente presuntamente violado por el acto impugnado, sin duda alguna se está ante un recurso subjetivo; si por el contrario;

el propósito que guía al recurrente es tutelar una norma jurídica superior, que ha sido violada por el acto impugnado, evidentemente que se está ante un recurso objetivo. En el caso nos encontramos frente a un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, toda vez que lo que se demanda es la protección de un derecho subjetivo presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por parte de la administración.- [...]”. El razonamiento jurisprudencial arriba señalado, no ha sido modificado por el COGEP, al contrario ha sido ratificado por el artículo 326.1, que textualmente establece que “[...] La acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. [...]” (La cursiva es del Tribunal).- En la especie, los hechos administrativos impugnados por el accionante produce efectos jurídicos directos en su contra ya que lesionan derechos subjetivos, en consecuencia se ratifica que se trata de una acción de plena jurisdicción o subjetiva.- QUINTO: A este Tribunal le corresponde la facultad de decidir con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 313 del COGEP, con el propósito de determinar sobre la validez y eficacia de las actuaciones de la administración pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 311 del Código Ibídem.- SEXTO: HECHOS PROBADOS EN LA AUDIENCIA DE JUICIO RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN.- Del análisis y valoración en su conjunto de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, se establece lo siguiente: UNO.- Que la Contraloría General del Estado dispuso la realización de un Examen Especial a los ingresos, gastos de gestión, bienes de larga duración y análisis presupuestario, en la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2005 y el 31 de diciembre de 2009, y la compra de bienes realizada el 27 de junio de 2010, período en el cual, el accionante ejerció las funciones de Vicerrector

Administrativo y Económico en el mencionado Centro de Educación Superior; DOS.- Que fruto de esta acción de control la Contraloría General del Estado, se predeterminó la Orden de Reintegro No. 0000030-GL70-DR10-DPEJ de 24 de abril de 2015, en contra del accionante, como responsable subsidiario, por el valor de 8,107.50 USD, notificada el 13 de julio de 2015, por cuanto no gestionó la recuperación de los valores desembolsados o la recepción de 50 computadoras completos a favor de la entidad, producto del Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito por el Lic. Benito Reyes Pazmiño, en su calidad de Rector de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres, y la Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo, con el señor Fabrizio Jamil Moreira Salame, en su calidad de Presidente y Representante Legal, el 11 de agosto de 2008, considerando que el accionante aceptó como garantía por el valor pagado una letra de cambio, la cual no se contempla entre las garantías permitidas por la Ley; TRES.- Que la Cláusula Tercera del antes citado Convenio, que obra de fs. 178 a 180 del proceso, y que fue practicada como prueba en la Audiencia de Juicio por la entidad demandada, textualmente dice: “DEL PLAZO DE DURACIÓN DEL CONVENIO DE COOPERACIÓN.- El plazo de duración de este convenio es de un año, que va desde el 8 de agosto del 2008, hasta el 8 de agosto del 2009”, (La cursiva es del Tribunal); CUATRO.- Que la Cláusula Cuarta del citado Convenio, y que fue practicada como prueba en la Audiencia de Juicio por la entidad demandada, textualmente dice: “IMPORTE DEL CONVENIO.- El monto total del convenio de cooperación es la cantidad de 8107,5 dólares americanos que el SOCIO ESTRATEGICO se compromete a entregar a la ASOCIACIÓN JUVENIL “COORDINADORA POR LA INVERSIÓN Y EL TRABAJO, vía transferencia bancaria, máximo hasta el miércoles trece de agosto del presente, y como contraparte la Asociación entregará al Socio Estratégico en garantía, una letra de cambio.” (La cursiva y lo subrayado es del Tribunal); CINCO.- Que en lo que tiene relación a la imputación realizada por la Entidad de Control, de que el accionante recibió en concepto de garantía del Convenio señalado, una letra de cambio, lo cual estaba vedado legalmente, se debe establecer que el propio Convenio en su Cláusula Cuarta, contemplaba que se entregue como garantía una letra de cambio, por cuya razón no se le puede atribuir esta responsabilidad al accionante. SEIS.- Que mediante Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, la Entidad de Control

confirmó la responsabilidad subsidiaria del accionante, notificada el 5 de septiembre de 2016; SIETE.- Que mediante Suplemento del R.O. No.1 del 11 de agosto de 2009, se reformó el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, estableciendo que la facultad de la Contraloría General del Estado, para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, así como para determinar responsabilidades, caduca en 7 años; es decir que, en la especie dicha norma se debía aplicar a partir del 11 de agosto del año 2009. En la especie, las actuaciones observadas por el ente de control en el examen especial arriba señalado, debieron ceñirse a la normativa vigente a esa época; es decir, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada mediante R.O. No. 595 de 12 junio de 2002, la que establecía que la facultad del Ente de Control para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, así como para determinar responsabilidades caducaba en 5 años; toda vez que, el plazo de duración de este convenio era de un año contado a partir del 8 de agosto de 2008 hasta el 8 de agosto del 2009; y, OCHO.- Que el Art. 71 del Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, vigente a la fecha en que se produjeron los hechos, textualmente determinaba: “ La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en cinco años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos.” (Hoy 7 años a partir de agosto de 2009; ha de entenderse que la reforma introducida rige para lo venidero, cumpliendo el principio de irretroactividad de la ley); el Art. 72 de la misma ley determina: “En todos los casos, la caducidad será declarada de oficio o a petición de parte, por el Contralor General o por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, según se hubiere presentado el reclamo como acción o como excepción.”.- SÉPTIMO.- MOTIVACIÓN: La Contraloría General del Estado, en su demanda y en las alegaciones realizadas en la Audiencia de Juicio, sostuvo que la caducidad se interrumpe de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, cuyo texto es como sigue: “La caducidad según lo dispuesto en el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se calculará en el plazo de 5 años contado desde la fecha del acto u omisión del servidor público, persona natural

o jurídica y tercero vinculado directa o indirectamente con el recurso público y se interrumpirá en la fecha en que se produzcan en el proceso de control gubernamental, inclusive el que realiza la auditoría: la orden de trabajo, la ejecución en el campo, la elaboración del informe, la conferencia final, el control de calidad, la aprobación del informe y la determinación de responsabilidades con la glosa, la resolución original, el recurso de revisión y la resolución del mismo...”. Esta norma modifica lo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, introduciendo una variable que no consta en dicha ley. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, a los juzgadores nos corresponde resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, en aplicación de lo previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República.- De conformidad con lo establecido en el Art. 313 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el Art. 311 del Código Ibídem, corresponde a este Tribunal decidir con claridad de los puntos sobre los cuales se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados. Al respecto es importante transcribir la siguiente cita realizada en su libro “Derecho Administrativo - Derecho Procesal Administrativo” por el Dr. Marco Morales Tobar: “Con claridad enseñaba el maestro ecuatoriano Francisco Tinajero Villamar (1986) que “el fundamento del contencioso administrativo resulta ser, pues, la necesidad de que las cuestiones de derecho sean puestas, en último grado, en la órbita de un tercero imparcial capaz de ofrecer las suficientes garantías al imperio del derecho”, invocando a Diez el mismo jurista señalaba que “la situación especial de la administración por las prerrogativas que goza, hace que el proceso contencioso administrativo sea la contrapartida del carácter desigual de las relaciones entre la administración y los particulares”. Es importante hacer hincapié que, no debe perderse de vista que el proceso contencioso administrativo, se erige como una herramienta de control de la actividad administrativa que realiza el Estado; es decir, el Contencioso Administrativo, es el órgano de control de la legalidad del Estado, incluso es aquel que controla la regularidad de los actos emanados de la función contralora, como ocurre en la especie.- El autor Rafael Martínez Morales, en su colección de Diccionarios Jurídicos Temáticos (Volumen 3 2da. Edición Editorial Oxford.2002) habla acerca de la caducidad de la siguiente manera:

“Confundida en ocasiones con la prescripción, la caducidad es la pérdida de un derecho por la falta de actividad dentro del lapso que fija la ley para su ejercicio. Así la caducidad opera tanto por el gobernado como para la Administración. Esta manera anormal de concluir los actos administrativos, obedece a la inconveniencia práctica de perpetuar la posibilidad de actuar en un determinado asunto”. Roberto Dromi, afirma: “En principio, la competencia es permanente, porque el órgano puede ejercer en cualquier momento las atribuciones que le han sido conferidas. Sin embargo, en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución sólo en un lapso de tiempo determinado. Se dice entonces, que la competencia es temporaria.”. Existen fallos de varios Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de la ex Corte Suprema de Justicia y de la actual Corte Nacional de Justicia, que concuerdan, al referirse a la caducidad, que ésta es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso.- Este Tribunal coincide con la doctrina y la jurisprudencia al señalar que la caducidad opera por el simple transcurso del tiempo, de manera automática, sin intervención del Juez, que sólo está llamado a reconocer su ocurrencia, incluso de oficio, particular que se evidencia de los fallos dictados por la ex Corte Suprema de Justicia que obran en las Gacetas Judiciales Nos. 6 de 29 de mayo de 2001, 15 de 26 de abril de 2004; 8 de 26 de febrero de 2002; y 8 del mismo mes y año.- RESOLUCION: En mérito de lo expuesto y sin que sea necesario hacer otras consideraciones, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución de la República, este Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en Portoviejo, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta la demanda propuesta por el actor y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, y dispone su archivo, por haber operado la caducidad del derecho de la entidad demandada al establecer la predeterminación civil culposa en contra del accionante en esta causa.- Sin costas.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.-

Resolución Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo

VISTOS.- En virtud de que: A) El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. B) El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No.1-2015 de 28 de enero de 2015 nos designó para integrar esta Sala Especializada. C) Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el acta de sorteo de 25 de octubre de 2017 y los artículos 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). D) Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP. E) Actúa la Conjueza, Dra. Daniella Camacho Herold, en reemplazo de la Jueza Nacional, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, conforme oficio No. 1758-SG-CNJ-ROG de 26 de octubre de 2017 suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: PRIMERO.- El Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, en contra de la sentencia dictada el 31 de julio de 2017, 15h00, por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, el cual resolvió que: “acepta la demanda propuesta por el actor y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, y dispone su archivo, por haber operado la caducidad del derecho de la entidad demandada al establecer la predeterminación civil culposa en contra del accionante en esta causa.- Sin costas...”. SEGUNDO.- Del mérito de los autos con relación al punto litigioso controvertido, el caso admitido, y de lo debatido en la audiencia de casación el día jueves 9 de noviembre de 2017, 12h15, se desprende en lo principal que la Contraloría General del Estado realizó un examen especial a los ingresos, gastos de gestión, bienes de larga duración y análisis presupuestario, en la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2005 y el 31 de diciembre de 2009, y la compra de bienes realizada el 27 de junio de 2010, período en el cual, el actor

ejerció las funciones de Vicerrector Administrativo y Económico, a consecuencia del cual se predeterminó en su contra, la Orden de Reintegro No. 00000030-GL70-DR10-DPEJ de 24 de abril de 2015 notificada el 13 de julio de 2015, como responsable subsidiario por el valor de USD 8.107,50, por cuanto en su calidad de Vicerrector Administrativo de la Universidad no realizó las gestiones para obtener la entrega de bienes o recuperar los valores entregados a la Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo derivados del Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito con la Universidad Luis Vargas Torres de Esmeraldas; y con Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016 notificada el 5 de septiembre de 2016, la CGE confirmó la responsabilidad subsidiaria del actor. TERCERO.- Con amparo en el caso cinco del artículo 268 del COGEP, la CGE acusa que se dio una errónea interpretación del artículo 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado e indica que: “ La interpretación que el Tribunal dio al Art. 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, en el sentido de que modifica lo previsto en el Art. 71 de su Ley Orgánica, es totalmente errada puesto que, lejos de modificarla, lo que dicho Reglamento hace es complementar la ley , facilitar su ejecución, su aplicación, es decir, hablando del presente caso, lo que hace es establecer las circunstancias por las cuales el término de caducidad previsto en la ley queda interrumpido, lo que complementa la disposición legal y, por ende no supone variación alguna. Es imposible que una ley recoja todos los detalles, casos, circunstancias para su implementación, y es por esto que, los reglamentos, al ser expedidos, viabilizan la aplicación de la ley y dan mayor eficacia a la misma. Si bien es cierto que un reglamento es una norma subordinada a la ley, éste sirve para su ejecución.”. CUARTO.- En la sentencia impugnada, respecto a la caducidad de la facultad de la Contraloría General del Estado (CGE) para determinar responsabilidades, en lo principal se señala que: “...SEIS.- Que mediante Resolución No. 3332 de 18 de febrero de 2016, la Entidad de Control confirmó la responsabilidad subsidiaria del accionante, notificada el 5 de septiembre de 2016; SIETE.- Que mediante Suplemento del R.O. No. 1 del 11 de agosto de 2009, se reformó el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, estableciendo que la facultad de la Contraloría General del Estado, para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, así como para determinar

responsabilidades, caduca en 7 años; es decir que, en la especie dicha norma se debía aplicar a partir del 11 de agosto del año 2009. En la especie, las actuaciones observadas por el ente de control en el examen especial arriba señalado, debieron ceñirse a la normativa vigente a esa época; es decir, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada mediante R.O. No. 595 de 12 junio de 2002, la que establecía que la facultad del Ente de Control para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, así como para determinar responsabilidades caducaba en 5 años; toda vez que, el plazo de duración de este convenio era de un año contado a partir del 8 de agosto de 2008 hasta el 8 de agosto del 2009; y, OCHO.- Que el Art. 71 del Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, vigente a la fecha en que se produjeron los hechos, textualmente determinaba: " La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en cinco años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos.´ (Hoy 7 años a partir de agosto de 2009; ha de entenderse que la reforma introducida rige para lo venidero, cumpliendo el principio de irretroactividad de la ley);...".

QUINTO.- Debe tenerse en cuenta que la caducidad es una institución jurídica consignada en el derecho positivo que permite la extinción del derecho de acción por el transcurso del tiempo, y por la inactividad tanto del administrado como de la administración pública, ya que la caducidad no puede ser interrumpida por ninguna circunstancia, en virtud de que el tiempo asignado por la ley para el ejercicio de un derecho debe ser usado por el administrado en procura de sus reconocimientos y por la administración pública como mecanismo determinante de obligaciones y sanciones. Al haberse producido la caducidad de la facultad que posee la Contraloría General del Estado, conforme el Art. 71 de la Ley Ibídem, para determinar responsabilidades civiles, en razón del tiempo transcurrido, genera que dicho organismo de control automáticamente y de pleno derecho, dejó de tener competencia, para determinar responsabilidades civiles culposas. La institución procesal de la caducidad no se interrumpe, e implica por tanto un plazo de actuación fatal; no siendo correcto pretender que conforme el ya derogado artículo 17 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado se interrumpa el plazo de caducidad que tiene la

CGE para determinar posibles responsabilidades civiles, pues evidentemente ninguna facultad reglamentaria puede ir en contra del plazo de caducidad expresamente estipulado en la ley, esto es en el artículo 71 de la LOCGE, dado que si así fuese simplemente tal plazo de caducidad nunca sería operativo con el simple hecho, por ejemplo, de dictar órdenes de trabajo sucesivas sin límite, lo cual no es factible pues ello atentaría contra el debido proceso y la seguridad jurídica. Al respecto la doctrina es muy clara: “Es un modo de extinguirse anormalmente un procedimiento administrativo o jurisdiccional como consecuencia de la falta de ejercicio durante el tiempo establecido en la ley, cuyos efectos se producen de manera directa y automática y no admite interrupción ni suspensión alguna. La caducidad se compone de elementos: la no actividad y el plazo. La no actividad es la inacción de un sujeto para ejercer su derecho; y el plazo es el tiempo que determina la ley para ejercer la caducidad. El plazo no se suspende ni interrumpe, sino que desde que comienza a correr el tiempo se sabe cuándo caduca la acción. La caducidad será declarada de oficio, sin otro trámite que la comprobación del vencimiento del plazo señalado por la ley.”. Hernán Jaramillo Ordóñez, y Pablo Jaramillo Luzuriaga, *La Justicia Administrativa*, (Loja: Offset Grafimundo, 2014), 76. SEXTO.- Ciertamente, como mencionan los jueces distritales en la sentencia impugnada, el convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito por el Rector de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres y la Asociación Juvenil Coordinadora por la Inversión y el Trabajo, en base al cual se determinó la responsabilidad civil culposa en contra del actor, determinaba en su cláusula tercera que el plazo de duración es de una año, que va desde el 8 de agosto del 2008, hasta el 8 de agosto de 2009, por lo que al 18 de febrero de 2016 cuando se emitió la Resolución N° 3332, notificada el 5 de septiembre de 2016, se sobrepasó ampliamente el plazo de cinco años que tenía en su momento la Contraloría General del Estado para pronunciarse, de acuerdo a lo señalado en el artículo 71 de la propia Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado entonces vigente. En razón de todo lo indicado y sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal de Casación ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no acepta el recurso de casación interpuesto por el Director Regional de la Procuraduría General del

Estado en Manabí, y en consecuencia no casa la sentencia de 31 de julio de 2017, 15h00, expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo. Notifíquese, devuélvase y publíquese.