



# UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

*La Universidad Católica de Loja*

## ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**El acto de aforo como acto de simple administración no impugnable.**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

AUTOR: Anchundia Cajas, Rosana Cristina

DIRECTOR: Carrión González, Paúl Edvaldo, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO GUAYAQUIL

2014

## **APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA**

Doctor

Paul Edvaldo Carrión González

### **DOCENTE DE LA TITULACIÓN**

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: "El acto de aforo como acto de simple administración no impugnabile" realizado por Anchundia Cajas Rosana Cristina, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, 12 de Diciembre de 2013

f) .....

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Anchundia Cajas, Rosana Cristina declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría: “El acto de aforo como acto de simple administración no impugnables”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Doctor Paul Edvaldo Carrión González director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f. ....  
Autor Anchundia Cajas, Rosana Cristina  
Cédula 0912842614

## **DEDICATORIA**

Deseo dedicar este momento tan importante e inolvidable; a mí misma, por no dejarme vencer, ya que en ocasiones el principal obstáculo en el camino se encuentra dentro de uno mismo.

También a mis padres, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Ellos han Depositado su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. Es por ello que soy lo que soy ahora. Los amo con mi vida. Y por supuesto a Dios, pues sin él no somos nada.

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer en primer lugar a Dios por haberme guiado por el camino del éxito hasta ahora; en segundo lugar, a mi padre Juan Alberto Anchundia Arboleda y a mi madre Silvia Maritza Cajas Alvarado, por siempre haberme dado su fuerza y apoyo incondicional, que me han ayudado y acompañado hasta donde estoy ahora. Y, por último a mi director de tesis quien me ayudó en todo momento a concretar este sueño, Doctor Paúl Edvaldo Carrión González.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA .....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT .....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
EL ACTO ADMINISTRATIVO.....	6
1.    Antecedentes del Derecho Administrativo en el Ecuador .....	7
2.    El acto administrativo y sus características .....	8
2.1    Declaración. ....	8
2.2    Unilateralidad. ....	9
2.3    No normatividad. ....	9
2.4    Origen administrativo. ....	9
3.    Elementos constitutivos del acto administrativo.....	10
3.1    Elementos subjetivos. ....	10
3.2    Elementos objetivos. ....	11
3.3    Elementos formales. ....	11
4.    El acto administrativo frente a las demás actividades gubernamentales .....	13
4.1    El acto administrativo y el acto normativo. ....	13

4.2	Actos discrecionales. ....	14
4.3	Actos de gobierno. ....	16
4.4	Actos institucionales.....	17
5.	Causa y motivación del acto administrativo.....	18
5.1	La causa. ....	18
5.2	La motivación.....	19
6.	Clasificación del acto administrativo.....	20
6.1	Según el órgano del que procede. ....	20
6.2	Según la extensión de sus efectos.....	20
6.3	Por el lugar que ocupan en el procedimiento administrativo.....	20
6.4	Por su impugnación en la vía contenciosa. ....	20
6.5	Por su contenido. ....	21
6.6	Por la potestad ejercida.....	21
6.7	Por el modo de exteriorizarse.....	21
7.	Efectos del acto administrativo.....	21
7.1	Presunción de ejecutividad. ....	21
7.2	Presunción de ejecutoriedad.....	22
7.3	Presunción de legitimidad. ....	23
7.4	Presunción de legalidad.....	23
8.	Ejecución del acto administrativo .....	24
9.	Impugnación del acto administrativo .....	25
9.1	Impugnación del acto administrativo en sede administrativa.....	25
9.2	Impugnación del acto administrativo en sede judicial. ....	26
9.3	El “Acto” en la acción de protección. ....	27

9.4	La acción de inconstitucionalidad del acto administrativo.....	30
	<b>EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.....</b>	<b>31</b>
1.	El acto de simple administración y sus características .....	32
2.	Dictámenes e informes.....	32
3.	Impugnación del acto de simple administración .....	32
	<b>EL ACTO DE AFORO.....</b>	<b>34</b>
1.	Definición .....	35
2.	Declaración aduanera .....	35
2.1	Declarante.....	37
2.2	Contenido de la declaración aduanera.....	37
2.3	Presentación de la declaración aduanera. ....	38
2.4	Naturaleza jurídica de la declaración aduanera.....	39
3.	El acto de aforo y sus características .....	40
4.	Modalidades de aforo.....	40
4.1	Aforo automático.....	41
4.2	Aforo electrónico. ....	41
4.3	Aforo documental.....	41
4.4	Aforo físico.....	42
5.	Procedimiento a realizar durante el acto de aforo .....	42
6.	Cierre del acto de aforo.....	43
7.	Impugnación del acto de aforo .....	43
	<b>LA IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE ACTOS EN EL PROCEDIMIENTO</b>	
	<b>ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>44</b>
1.	Revocación y anulación .....	45

1.1	Teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa.....	45
1.2	Diferencia entre revocación y anulación.....	45
2.	Nulidades del acto administrativo.....	48
2.1	Vicios que originan las distintas nulidades.....	48
2.2	Actos anulables.....	49
2.3	Actos nulos.....	50
2.4	Inexistencia de acto.....	51
3.	El derecho a impugnar los actos administrativos.....	52
3.1	Diferentes derechos en sede administrativa y judicial.....	52
3.2	Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. ...	53
3.3	Derecho subjetivo.....	56
3.4	Interés legítimo.....	56
3.5	Interés simple.....	56
4.	La impugnación de actos de carácter general.....	57
4.1	Criterio imperante en sede judicial.....	57
4.2	El problema en el procedimiento administrativo.....	57
5.	Legitimidad y oportunidad.....	58
6.	Procedimientos administrativos.....	58
6.1	Sujetos del procedimiento.....	59
6.2	Principios del procedimiento administrativo.....	59
6.3	Iniciación del procedimiento administrativo.....	60
6.4	Modos de terminación del procedimiento administrativo.....	62
6.5	El derecho administrativo sancionador.....	64
6.6	Principios de la potestad sancionadora.....	64

7.	Reclamos y recursos administrativos .....	66
7.1	Reclamos administrativos. ....	66
7.2	Recursos administrativos. ....	67
8.	Acciones de repetición .....	69
9.	Jurisprudencia de impugnaciones de actos de aforo .....	70
	CONCLUSIONES .....	71
	RECOMENDACIONES.....	72
	BIBLIOGRAFÍA.....	73
	Autores .....	73
	Leyes y Reglamentos.....	75
	Páginas web consultadas.....	75
	ANEXOS .....	76
	Anexo # 1: Informes de aforo automático. ....	76
	Anexo # 2: Informes de aforo documental. ....	76
	Anexo # 3: Informes de aforo físico. ....	76
	Anexo # 4: Demanda Compañía Dominioscorp s.a. vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana.....	76
	Sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, Segunda Sala, dentro del Juicio No. 09502-2009-1038. ....	76
	Anexo # 5: Demanda Compañía Josefit S.A. vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana. ....	76
	Sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, Cuarta Sala, dentro del Juicio No. 09504-2008-7767. ....	76
	Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso No. 97-2011.....	76

## **RESUMEN**

El presente trabajo realiza un análisis de uno de los tantos actos de la Administración Pública, en este caso enfocándonos en el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador a través del acto de aforo. Se determinará si corresponde catalogarlo o no como un acto administrativo y consecuentemente concluir si es susceptible de impugnación ante los Tribunales Distritales Fiscales.

Empezará el estudio profundizando el concepto de acto administrativo, para luego diferenciarlo del acto de simple administración a través de los elementos que los componen, sus características y su clasificación, y así enfocar la tesis en el acto de aforo para finalmente establecer si cumple con los requisitos legales para ser susceptible de impugnación tanto en la vía administrativa como judicial.

**PALABRAS CLAVES:** AFORO, ACTO ADMINISTRATIVO, IMPUGNACIÓN.

**ABSTRACT**

This study analyzes one of the many acts of the public administration, in this case focusing on the Servicio Nacional de Aduana del Ecuador through the act of valuation of products. Determine whether or not corresponding cataloged as an administrative act and consequently conclude whether open to appeal before the courts District Prosecutors.

Start your study deepening the concept of administrative act, then differentiate the act of simple administration through the component elements, characteristics and classification, and thus focus the thesis in the act of valuation to finally establish whether it meets the legal requirements to be open to appeal in both administrative and judicial.

**KEYWORDS:** VALUATION, ADMINISTRATIVE ACT, APPEAL

## INTRODUCCIÓN

La administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos, por ello decimos que el acto administrativo es la expresión de voluntad por excelencia de la administración.

Según varios tratadistas el acto administrativo es toda declaración unilateral y ejecutiva tendiente a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica; al decir declaración comprendemos no sólo la de voluntad sino también la del juicio y la de conocimiento. Como es un acto jurídico produce efectos directos e inmediatos, por lo tanto no están sujetos al dictado de un acto posterior. Además, por su procedencia emana de un funcionario administrativo; por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance, afecta positiva o negativamente, a los derechos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la Administración Pública y es la base para el ejercicio de las garantías administrativas.

Pero no todos los actos emanados de la Administración Pública deben ser considerados como “actos administrativos”, pueden resultar ser “actos de simple administración”, realizados en ejercicio de la función administrativa produciendo efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que sólo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.

El presente trabajo se enfoca en los actos realizados por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), que ofrece el servicio de aduana, el cual, es una potestad pública que ejerce el Estado, a través del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, sin perjuicio del ejercicio de atribuciones por parte de sus delegatarios debidamente autorizados y de la coordinación o cooperación de otras entidades u órganos del sector público, con sujeción al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, así como a su reglamento, manuales de operación y procedimientos, y demás normas aplicables.

La Aduana tiene por objeto: facilitar el comercio exterior y ejercer el control de la entrada y salida de mercancías, unidades de carga y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República, así como quienes efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías; determinar y recaudar las obligaciones tributarias causadas por efecto de la importación y exportación de mercancías, conforme los sistemas previstos en el código tributario; resolver los reclamos, recursos, peticiones y

consultas de los interesados; prevenir, perseguir y sancionar las infracciones aduaneras; y, en general, las atribuciones que le son propias a las Administraciones Aduaneras en la normativa adoptada por el Ecuador en los convenios internacionales.

Las mercancías, los medios de transporte que crucen la frontera y quienes efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías, están sujetos a la potestad aduanera, que es el conjunto de derechos y atribuciones que las normas supranacionales, la ley y el reglamento otorgan de manera privativa al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador para el cumplimiento de sus fines.

Para el ejercicio de la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador tendrá bajo su control los servicios de almacenamiento, aforo, control y vigilancia de las mercancías ingresadas al amparo de ella, así como las que determine la Directora o el Director General de la entidad.

De conformidad con la normativa nacional y supranacional, los importadores al momento de ingresar mercancías al país, están obligados a declarar su valor, clasificación arancelaria, peso, tipo, cantidad y autoliquidar los tributos que correspondan al Estado, es decir, es obligación de los importadores declarar ante la administración tributaria de forma clara, concreta y precisa toda la información relativa a las mercancías que pretenden ingresar al territorio ecuatoriano. Para constatar esta información, la administración aduanera realiza procesos de control, el cual uno de ellos es el acto de Aforo que se define como el acto de determinación tributaria a cargo de la Administración Aduanera que se realiza mediante la verificación electrónica, física o documental del origen, naturaleza, cantidad, valor, peso, medida y clasificación arancelaria de la mercancía.

En esta tesis se analizará a detalle el acto de Aforo dentro de los servicios que brinda el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, determinando si cumple los requisitos formales y legales para ser considerado un acto administrativo que en la práctica es tratado como tal, o en su defecto, debería ser considerado un acto de simple administración, dependiendo de esto, determinar si es procedente su impugnación o no.

Como es conocido todo acto administrativo de cualquier autoridad pública puede ser objeto de impugnación, “tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, cuando el administrado considere que sus derechos han sido ilegítimamente vulnerados por la Autoridad Administrativa con su resolución.

De la misma manera en que los actos administrativos se presumen legítimos, es un principio del derecho administrativo que dichos actos son susceptibles de impugnación según el artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE-, principio que se ha recogido en normas constitucionales, con el fin de evitar que cualquier acto emanado por la administración pública afecte indebidamente derechos de los particulares. En este sentido, existen dos vías para la impugnación de actos administrativos: a) la vía administrativa, ante la misma autoridad que emitió el acto que se impugna; y, b) la vía judicial, ante el Tribunal de lo Contencioso.

Se demostrará en el desarrollo de esta tesis que el acto de Aforo es un acto de simple administración que como establece la misma ley no es susceptible de impugnación, logrando de esta manera proponer una modificación tanto a nivel administrativo como judicial para agilizar tanto trámites internos de la Institución como los procesos que se sustancian en los distintos Tribunales Distritales de lo Fiscal en el país.

La anterior Ley Orgánica de Aduanas en su Art. 46 definía claramente al Aforo como un acto administrativo de determinación tributaria a cargo de la Administración Aduanera que consiste en la verificación física o documental del origen, naturaleza, cantidad, valor, peso, medida y clasificación arancelaria de la mercancía; sin embargo, la ley vigente que se incluyó en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones lo define simplemente como un acto, pero su procedimiento de impugnación en la vía administrativa y judicial no ha cambiado, por lo que es necesario realizar un análisis al respecto y como conclusión establecer que con la modificación de la norma debe modificarse también el procedimiento a seguir.

En la actualidad los importadores impugnan todo tipo de actos tanto en sede administrativa como judicial, inclusive haciendo mal uso de acciones constitucionales ante los jueces garantistas, y todo en contra de informes técnicos o previos a cualquier acción de la administración, obstaculizando la actuación administrativa en un área prioritaria de la actividad estatal. Debido a esto, demostraré en mi tesis que uno de los tantos actos que generalmente son impugnados, es el acto de aforo, el cual no cumple con los requisitos formales para ser considerado un acto administrativo impugnante ante los Tribunales Distritales Fiscales.

## **EL ACTO ADMINISTRATIVO**

## 1. Antecedentes del Derecho Administrativo en el Ecuador

Una de las primeras leyes que se promulgaron en el Ecuador, poco tiempo después de separarse de la Gran Colombia fue, precisamente, la de Régimen Político de los Departamentos, dictada por la Convención de Riobamba el 28 de septiembre de 1830 para regular la organización administrativa y distribuir las atribuciones entre los funcionarios departamentales y provinciales; a partir de ella se dictaron trece leyes de régimen administrativo, la última de ellas codificada en 1960 (Suplemento del Registro Oficial 1202, de 22 de agosto) y sobre cuya vigencia aún se discute.

Todas estas leyes tuvieron como denominador común el limitarse a regular la organización administrativa de las instituciones del Estado; fueron, en la práctica, los orgánico-funcionales de la administración pública, pues las normas procedimentales que en ellas se incluyeron fueron escasas y aisladas y nunca llegaron a configurar un verdadero procedimiento administrativo. Este hecho revela el carácter de nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

El Derecho Administrativo es, en sí, el derecho que regula la organización de la administración pública; pero es, sobre todo, el que brinda a los ciudadanos los instrumentos necesarios para proteger sus derechos frente a las posibles arbitrariedades de la administración. Desconocer esto refleja una concepción acerca del gobierno y de la autoridad que está muy alejada de los presupuestos básicos del Estado de Derecho.

En el Ecuador, solo a partir de las reformas constitucionales de 1905 se crea una jurisdicción contenciosa administrativa, que se asigna al Consejo de Estado. Sin embargo, la existencia de un órgano encargado de decidir sobre las cuestiones contencioso administrativas no significó que el recurso fuera efectivamente utilizado por los ciudadanos; si bien convendría confirmarlo revisando los informes de labores del Consejo de Estado, al parecer la tarea de este último como tribunal contencioso administrativo fue mínima.

El Tribunal Fiscal, creado en 1959 mediante Decreto Ley de Emergencia 10, publicado en el Registro Oficial 847, de fecha 19 de junio, fue el primer tribunal contencioso administrativo que funcionó efectivamente; la Constitución de 1967 mantuvo ese Tribunal y creó otro, con el nombre de Tribunal Contencioso Administrativo; un año después se publicó en el Registro Oficial 338, de 18 de marzo, la Ley 35, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que estableció un procedimiento judicial claro y detallado, muy superior a las insuficientes regulaciones que hasta entonces contenía la Ley de Régimen Administrativo.

Uno de los problemas que debieron enfrentar los autores de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue la falta de un procedimiento en sede administrativa, falta que trataron de suplir con la inclusión de artículos como el 59 (nulidad de actos y procedimientos administrativos) y el 76 (no suspensión de actos administrativos), que pese a no referirse a temas propios del procedimiento judicial, resultaban indispensables para el funcionamiento de la nueva jurisdicción.

La expedición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa coincidió con el inicio de un período caracterizado por una considerable multiplicación de normas relacionadas con la administración pública. Para enfrentar este proceso de crecimiento se contaba con recursos jurídicos más bien limitados. A inicios de la década del setenta, a más de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la legislación administrativa del Ecuador se reducía a la citada y ya para entonces anticuada Ley de Régimen Administrativo, que se limitaba a organizar la estructura de los ministerios y demás instituciones públicas y nada o casi nada decía sobre temas fundamentales, como el procedimiento administrativo; una Ley de Licitaciones que regulaba de manera limitada y embrionaria la contratación administrativa; y una Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Obviamente, temas del Derecho Público que habían tenido especial desarrollo contaban con regulaciones propias: tributos, finanzas públicas, régimen seccional; todo esto, a más de las inevitables normas dispersas para el funcionamiento de varias instituciones del Estado.

## **2. El acto administrativo y sus características**

Dentro del ámbito jurídico, es posible distinguir diferentes clases de actos. Uno de ellos es el administrativo, que consiste en la declaración que se manifiesta de manera voluntaria en el marco del accionar de la función pública y tiene la particularidad de producir, en forma inmediata, efectos jurídicos individuales. En otras palabras, es una expresión del poder administrativo que puede imponerse imperativa y unilateralmente, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

### **2.1 Declaración.**

Los actos administrativos son declaraciones en cuanto que son manifestaciones con trascendencia externa. Estas declaraciones pueden ser:

- **De voluntad:** Equivalen a negocios jurídicos, que crean o modifican situaciones jurídicas.

- **De deseo:** La Administración puede manifestar su aspiración de transformar o crear determinadas situaciones jurídicas.
- **De juicio:** La Administración puede emitir su opinión acerca de un determinado asunto.
- **De conocimiento:** Cuando la Administración puntualiza y acredita ciertos hechos.

Los actos administrativos más importantes son los primeros, o sea, aquellos que contienen declaraciones unilaterales de voluntad creando derechos y obligaciones.

## **2.2 Unilateralidad.**

Son de carácter unilateral, a diferencia de los contratos, ya que en estos últimos hacen falta al menos dos voluntades en cuanto que el contrato implica su unificación conviniéndose la realización de una conducta libremente acordada por cada una de las partes. En el acto, la Administración puede imponer determinadas conductas a los particulares de acuerdo con la Ley.

## **2.3 No normatividad.**

Los actos administrativos tienen naturaleza no normativa. Con ello se pretende distinguir entre los actos y las normas jurídicas procedentes de la Administración. No siempre se admite una separación estricta entre actos y normas administrativas.

## **2.4 Origen administrativo.**

Los actos administrativos emanan de órganos de la Administración. En la práctica, no es siempre fácil saber cuándo estamos ante un órgano de la Administración y cuando se actúa con base al Derecho administrativo.

Hay actos de órganos distintos a los estrictamente administrativos que tienen la consideración de actos administrativos. Esta equiparación tiene como objetivo asimilar su régimen jurídico de revisión por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando que queden exentos de control jurisdiccional. Otros actos de esos órganos quedan al margen de la competencia judicial ordinaria.

### 3. Elementos constitutivos del acto administrativo

Una vez que se han señalado las características que identifican la declaración de voluntad unilateral de la administración pública, corresponde conocer los elementos que integran el acto administrativo, y ellos son subjetivos, objetivos y de forma.

#### 3.1 Elementos subjetivos.

En primer lugar, apreciamos la existencia de un sujeto productor. Para que exista acto administrativo este sujeto debe ser un órgano de la Administración.

El órgano debe ser, además, competente para producir el acto, so pena de que éste aparezca viciado por falta de competencia. El acto puede ser nulo si esta incompetencia es manifiesta por razón de materia o del territorio, en otro caso, puede ser anulable.

Teniendo en cuenta que los órganos son servidos por personas físicas, es necesario que sus titulares reúnan determinadas circunstancias personales para poder adoptar legítimamente los actos de que se trate.

La ley previene ciertas cautelas cuando las autoridades o los funcionarios tengan interés personal en el asunto, un cierto grado de parentesco con las personas implicadas, relaciones amistosas o inamistosas con las personas implicadas, hayan intervenido como peritos o testigos o tengan o hayan estado en relación de servicio con las personas físicas o jurídicas interesadas. Existen tres posibilidades:

- **Abstención:** El funcionario lo comunica a las autoridades y órganos superiores.
- **Inhibición:** Si el funcionario no se abstiene voluntariamente, las autoridades y órganos superiores pueden ordenarle que se inhiba del asunto.
- **Recusación:** Si el funcionario no se abstiene voluntariamente, lo particulares pueden recusarlo.

Se denomina recusación el poner de manifiesto la existencia de determinadas incompatibilidades por parte del funcionario que pueden hacerle adoptar una cierta parcialidad en la resolución de un asunto.

### 3.2 Elementos objetivos.

El contenido es la sustancia del acto, lo que se declara, lo que la Administración decide efectuar a través del mismo. El contenido debe ser ajustado a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y adecuado al fin del acto.

El contenido del acto puede ser:

- **Esencial:** Es aquel que siempre y en cualquier caso debe acompañar el acto, puesto que sin él carecería de virtualidad y de propia existencia. Por ejemplo, en una autorización de obras, el acto de la licencia debe expresar claramente si se permite o no construir el edificio; si se omite esta declaración, el acto es vacío, intrascendente.
- **Natural:** Es aquello que, aun sin mención expresa en el acto, se considera que es connatural al acto en sí. Por ejemplo, si se concede una licencia para construir, se presupone que el edificio ha de ser edificado bajo la vigilancia de un arquitecto o aparejador.
- **Accidental:** Si únicamente se toma en consideración cuando expresamente se introduce por la Administración. El contenido accidental puede consistir en:
  - Una **condición**, ciertas reservas que pueden invalidar el acto.
  - El **término**, el plazo determinado para la producción de los efectos del acto.
  - El **modo** en que se dan las circunstancias que pueden acompañar a la ejecución de tal acto. El modo matiza y completa la declaración principal del acto.

### 3.3 Elementos formales.

Los elementos formales son los que trascienden a la forma de integración de la voluntad expresada en el acto, a la declaración de esta voluntad y a su ulterior comunicación. El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados.

Para que un acto surja a la vida del Derecho administrativo se necesita cumplir con determinadas formalidades, unas de ellas básicas y sustanciales y otras menos importantes.

Existen fases sucesivas que a lo largo del procedimiento administrativo que desembocan en la formación del acto. Si el órgano es unipersonal, supone la formación de un criterio en base a

todos los elementos que han venido acumulándose a través del proceso que cristaliza en el pronunciamiento del acto.

### **DECLARACIÓN**

No basta con que el órgano colegiado o unipersonal haya llegado a una decisión: es necesario que esta decisión surja al exterior para que posteriormente pueda ser conocida por los interesados.

- **Actos expresos:** Consistirán en una declaración adoptada consecuentemente y expresamente manifestada.
- **Actos presuntos:** Son aquéllos que se materializan otorgando efectos al silencio administrativo. La Administración no se pronuncia en estos casos expresamente, pero de su pasividad el ordenamiento jurídico deduce unas determinadas consecuencias.
- **Actos tácitos:** La Administración adopta una conducta determinada no directamente dirigida a la producción del acto, pero de la cual se deduce implícitamente que ha querido adoptar un acto concreto.

La mayoría de los actos tienen carácter expreso; la forma de declaración es normalmente la escrita.

### **NOTIFICACIÓN**

Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirá, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.

No basta con que el acto administrativo refleje una voluntad, un deseo, una constancia de la Administración; no es suficiente que la voluntad de la Administración se exteriorice: es necesario que llegue a la órbita de los particulares para que produzca sus efectos cuando el acto administrativo se ha producido. El particular afectado por el mismo debe tener conocimiento de él.

La notificación de los actos administrativos es para los particulares requisito de eficacia de lo dispuesto en ellos. El particular al que no se notifica el acto, que no se entera fehacientemente de él, no viene obligado por su contenido.

#### 4. El acto administrativo frente a las demás actividades gubernamentales

##### 4.1 El acto administrativo y el acto normativo.

Cada vez que la administración pública manifiesta su voluntad, lo hace a través de actos administrativos, por ello decimos que el acto administrativo es la expresión de voluntad por excelencia de la administración.

Por otro lado, el acto normativo es una manifestación de voluntad excepcional de la administración que nace del ejercicio de una potestad legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado. Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución de la República, corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.

En términos generales, la doctrina y la legislación distinguen al acto administrativo y al acto normativo por los efectos que producen los mismos. Por un lado, el acto administrativo produce efectos singulares, particulares o individuales y por otro, el acto normativo produce efectos generales.

Lo anterior, es ratificado por los artículos 65 y 80 del ERJAFE y también por Roberto Dromi<sup>1</sup>, quien manifiesta en referencia al acto administrativo que la *“característica fundamental del acto es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales”*. Y también, en referencia al reglamento señala que *“El reglamento es una norma jurídica de carácter general. Se diferencia del acto administrativo que produce, como ya hemos visto, efectos jurídicos subjetivos individuales... Los reglamentos son actos normativos”*.

Existen diversas diferencias entre los actos normativos y los actos administrativos, algunas de ellas cito a continuación:

- La administración puede anular de oficio en cualquier tiempo los actos normativos, sin embargo, la administración no puede anular de oficio los actos administrativos

---

<sup>1</sup> Dromi, Roberto. "Instituciones Del Derecho Administrativo". Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983.

declarativos de derechos, pues éstos deben de someterse al recurso de lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

- Los actos normativos ilegales son por regla general nulos de pleno derecho, y por otro lado, los actos administrativos ilegales son por regla general anulables.
- La potestad normativa sólo le corresponde a aquellos órganos a quienes la ley ha previsto específicamente, el poder de dictar actos es una cualidad general de toda la administración, es su modo normal de expresarse.
- Mientras el acto normativo crea derecho y se incorpora al ordenamiento, el acto administrativo es el resultado de la ejecución del derecho, es concreto, se consume o finaliza. Si se desea un nuevo cumplimiento, hay que dictar un nuevo acto.

#### **4.2 Actos discrecionales.**

Según la normativa constitucional que rige el Estado Social de Derecho, todos los poderes públicos deben ser ejercidos conforme a los principios y normas constitucionales y legales, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normas respectivas. Como las actividades que cumple la administración pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar la administración, por ello es que, el ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

La potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación a la autoridad, quien, realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría<sup>2</sup>, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto. Un ejemplo claro de potestad discrecional es el que tiene la autoridad pública al momento de adjudicar la ejecución de una obra, dependiendo de la oferta más conveniente para la institución. La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal solo cuando la norma legal la determina de esa

---

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Edit. CIVITAS. Pg. 452.

manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

El acto discrecional denominado también acto de poder, es aquel que lo dicta la administración en razón de las facultades propias que tiene determinados procedimientos para que se ejecuten.

Son los que responden a las potestades del mismo nombre. Cuando una Administración ostenta una potestad discrecional quiere decir que dispone de un margen de elección, que le permite hacer o no hacer o elegir entre varias alternativas. Si la legislación habla de que la Administración "podrá" ya le está permitiendo la discrecionalidad. Si dice "deberá" estamos ante un acto reglado.

Sin embargo la discrecionalidad no puede referirse a todo el acto, sino sólo a alguno de sus elementos por lo que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no reconoce materias o potestades absolutamente discrecionales y por tanto el acto siempre será enjuiciable por vicios de procedimiento, error en los hechos o desviación de poder al usar la potestad discrecional.

En ellos existe un mayor o menor ámbito de posibilidades de matización y decisión autónoma por parte de la Administración. Los actos discrecionales deben ser legítimos, legales.

Según nuestro ordenamiento jurídico, las cuestiones provenientes de la potestad discrecional no son impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Art. 6 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa); sin embargo y pese a que en nuestra legislación, aparentemente las potestades discrecionales no se hallan sujetas al control jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia de otras legislaciones reconocen ya que en todo acto discrecional concurren elementos reglados, los mismos que son perfectamente controlables, así por

ejemplo, la existencia de la potestad discrecional, su extensión, la competencia para ejercerla y la finalidad a que debe responder, lo cual hacen el acto susceptible de impugnación.

En este sentido se debe señalar que se puede ejercer control jurisdiccional sobre los siguientes elementos del acto discrecional:

- a) La motivación, elemento indispensable para evitar incurrir en la arbitrariedad;
- b) La competencia de la autoridad u órgano que ejerce la potestad discrecional, pues, la potestad discrecional está conferida a un órgano determinado con exclusión de los demás;
- c) La extensión de la facultad conferida por la ley;
- d) El fin, puesto que la facultad discrecional ha sido otorgada para una finalidad específica - el interés público- y cualquier otro fin diferente, configura el llamado "vicio de desviación de poder"; y,
- e) Los hechos determinados, es decir, aquellos que constituyen el presupuesto fáctico para que actué la administración en ejercicio de su facultad discrecional.

#### **4.3 Actos de gobierno.**

Son aquellos que ejecutan directamente la norma constitucional, son dictados en ejercicio de una actividad indelegable de los órganos del Poder Público y se relacionan con la finalidad y organización del Estado.

Los actos de gobierno están exentos de control jurisdiccional porque son generales y no inciden directa ni indirectamente en la esfera jurídica del administrado.

Se consideran actos políticos puros los siguientes: Los que rigen las relaciones del Estado como persona de la colectividad internacional, los de carácter político en el ámbito territorial; y, los referentes a las relaciones entre los poderes del Estado.

Respecto a la inmunidad jurisdiccional que tienen los actos de gobierno, existe una fuerte controversia ya que para muchos juristas, como Eduardo García de Enterría<sup>3</sup>, estos no son muy distintos a los actos administrativos puesto que ambos son ejecutados por la Función Ejecutiva y están sometidos al mismo Derecho.

Las posibles diferencias entre ambos actos son el régimen que los rige y la función política de los unos y la administrativa de los otros.

Pero, García de Enterría vuelve a refutar tales diferencias ya que para él, la distinción del régimen jurídico se lo mira desde el punto material y no del jurídico.

Ciertamente, tanto los actos administrativos como los políticos regulan la organización y actividad del Estado con miras a la prestación de servicios, pero los actos políticos se encargan de las cuestiones esenciales, por esa razón, ejecutan directamente las normas constitucionales y, por su lado, los actos administrativos se relacionan con las actividades secundarias, que afectan directamente a los administrados.

Es importante comprender que los actos políticos no son completamente discrecionales puesto que existen dos métodos de control, consagrados en la Constitución Política del Ecuador del 2008, que son: El Juicio político que está previsto en el Título IV, Capítulo Segundo, Función Legislativa, Sección Segunda del Control de la Acción de Gobierno, Art. 129 al 131.

Y, el control constitucional de los actos de gobierno que está señalado en el Título IX, Capítulo Segundo de la Corte Constitucional, Art. 433,436 y 438.

#### **4.4 Actos institucionales.**

El "*acto institucional*" (como lo denominó Marienhoff) o "*de gobierno institucional*" (según lo rotuló Linares), es un acto de los poderes públicos que atañe a la organización y subsistencia del aparato estatal y subsistencia del Estado, cuya característica es que no incide en forma directa e inmediata en la esfera jurídica del administrado (y por lo tanto no hay un derecho subjetivo afectado), y que, en principio, no está sujeto al control judicial porque trasunta relaciones entre los poderes del Estado.

Al respecto es necesario agregar el establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que manifiesta en su Art. 7 "*DE LA ADMINISTRACION*

---

<sup>3</sup> García de Enterría Eduardo. La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo. Madrid-España. Thomson. 1983.

*PUBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad. En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes”.*

Sus competencias se encuentran establecidos en el Art. 226 de la norma constitucional vigente que dice: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.*

Es éste el caso relevante que existe un control al ejercicio de las competencias que cada uno de estas entidades, es decir, sus representantes, no podrán actuar al margen de sus competencias.

En fin los actos institucionales son aquellas que se dictan en ejercicio de la potestad administrativa o representativa institucional.

## **5. Causa y motivación del acto administrativo**

Cuando se esquematizan los elementos del acto administrativo, entre los que una doctrina llama objetivos y otra teleológicos se incluyen: la causa, el fin y los motivos.

En efecto, todo acto administrativo se realiza por algo (causa), en vista de algo (motivo) y para algo (fin).

### **5.1 La causa.**

Consiste en la adecuación o acomodación del contenido de los mismos al fin que persigue la norma atributiva de la competencia que con ellos se ejercita.

La adecuación del acto administrativo al fin que persigue, que lo hizo posible, que justificó su existencia, debe mantenerse a lo largo de la eficacia del mismo por lo que su desaparición afectará al cese de sus efectos, su extinción.

Distingue la doctrina entre la causa jurídica o inmediata de los actos administrativos, que es el fin típico de todos los actos de una categoría determinada, de la causa natural, remota o “causa finalis” que es el fin, particular que el sujeto se propone al realizar un determinado acto. Por ello, mientras la causa jurídica es la misma para un determinado tipo de actos, los motivos o causa natural pueden ser muy diversos.

## 5.2 La motivación.

La motivación del acto administrativo es la expresión concreta de la causa o motivo del mismo, es decir, la manifestación de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan.

García De Enterría ha expresado que *“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”*<sup>4</sup>.

La importancia y el sentido de la motivación del acto ha sido señalada por la doctrina más prestigiosa. Entre ellos, Sayagués Laso señala que la motivación constituye, además de un justificativo de la acción administrativa, un medio para permitir el contralor jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.<sup>5</sup>

En el mismo sentido, Fernández Vásquez sostuvo que la motivación es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos (aspectos reglados del acto) y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (aspectos discrecionales del acto) agregando que *“...la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer*

---

<sup>4</sup> García De Enterría. Curso de Derecho Administrativo. T. I, 5ª Ed. Civitas S.A. Madrid. 1989. Pg. 549.

<sup>5</sup> Sayagues, Laso. “Tratado de Derecho Administrativo”. FCU, 6ta. Edición. Montevideo. 1988 Pg. 460.

*posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada....”<sup>6</sup>*

## **6. Clasificación del acto administrativo**

### **6.1 Según el órgano del que procede.**

Acto simple: Dictado por un solo órgano administrativo.

Acto complejo: Dictado por varios órganos administrativos.

### **6.2 Según la extensión de sus efectos.**

Acto General: Acto dirigido a una pluralidad indeterminada de personas.

Acto Singular: Acto dirigido a personas determinadas.

### **6.3 Por el lugar que ocupan en el procedimiento administrativo.**

Acto de trámite: Acto que no decide la cuestión de fondo del procedimiento, sino que se dicta para preparar el acto que contendrá la resolución definitiva del mismo.

Acto definitivo: En contraposición al anterior, es un acto que contiene la decisión adoptada por un órgano administrativo, con respecto al objeto de un procedimiento.

Acto que causa estado: Acto que agota la vía administrativa y que, por tanto, solo es recurrible ante la Jurisdicción contencioso administrativa.

Acto firme: Acto que se convirtió en irrecurrible por que se dejaron transcurrir los plazos para su impugnación, salvo por medio de recursos excepcionales como el recurso potestativo de reposición o el extraordinario de revisión, ambos administrativos.

### **6.4 Por su impugnación en la vía contenciosa.**

Acto impugnabile: Acto que pone término a la vía administrativa y que solo es recurrible ante el orden contencioso administrativo.

---

<sup>6</sup> Fernandez, Emilio. “Diccionario de Derecho Público”. Pgs. 506 y 507.

Acto no impugnabile: Acto que no puede ser recurrido en vía contencioso administrativa porque no ha agotado la vía administrativa, requisito imprescindible para poder acceder a la impugnación del acto en vía judicial

### **6.5 Por su contenido.**

Actos constitutivos: Actos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas.

Actos declarativos: Actos que contienen una declaración, es decir, que acreditan un hecho o una situación jurídica, pero no la crean, solamente manifiestan su existencia.

### **6.6 Por la potestad ejercida.**

Acto reglado: Acto dictado cuando todos los elementos del acto están determinados por la norma jurídica aplicable, es decir, cuando se dicta en ejercicio de una potestad reglada.

Acto discrecional: Acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional de la Administración que le permite determinar por sí misma, sin la obligatoriedad de la norma, uno o varios de los elementos del acto administrativo.

### **6.7 Por el modo de exteriorizarse.**

Acto expreso: Acto dictado de forma y modo expreso por la Administración.

Acto presunto: Acto que no se produce sino que se presume su existencia. Es un tipo de acto, que como veremos, actúa a modo de ficción jurídica.

## **7. Efectos del acto administrativo**

### **7.1 Presunción de ejecutividad.**

Consiste en la obligatoriedad que tiene la autoridad de hacer cumplir la decisión administrativa, es decir, tiene el carácter exigible de cumplimiento de los particulares a los cuales va dirigido el acto administrativo.

La presunción hace posible el actuar administrativo sin embargo por ello no significa que los administrados que no se encuentren conformes con la decisión pública no tengan la posibilidad de oponerse por cuanto la propia ley establece los recursos que pueden ser usados en la misma sede administrativa o en la jurisdiccional de control de la constitucionalidad o de la legalidad.

Al respecto el ERJAFE en su Art. 161 señala *“los actos de la administración pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”*.

## **7.2 Presunción de ejecutoriedad.**

La “ejecutoriedad” es un término con el que indistintamente se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si fuere preciso. Esta cualidad es la que distingue a los actos administrativos de otros actos privados que necesitan del apoyo judicial para tomar sobre otro sujeto medidas persecutorias.

La ejecutoriedad de los actos administrativos (en cuya virtud la Administración Pública puede por sí misma “ejecutar” materialmente los efectos que de sus actos se derivan en contra de la voluntad de los administrados), se manifiesta de manera diversa según la naturaleza y contenido de éstos. En unos casos, la ejecución forzosa como tal no es necesaria porque el acto se cumple sin resistencias de sus destinatarios; en otros porque la naturaleza del acto no comporta ninguna actuación material de ejecución por la Administración, ya que el acto no hace más que definir una situación jurídica de la que no derivan necesariamente derechos o deberes inmediatos.

Tampoco puede hablarse de ejecución forzosa del acto administrativo en contra de la propia Administración, es decir, cuando el acto reconoce derechos a los particulares e impone correlativos deberes a la Administración Pública. Si ésta no cumple voluntariamente, el administrado no tiene más alternativa que forzar su cumplimiento por la vía judicial. La ejecutoriedad de los actos administrativos no juega nunca a favor del particular frente a la Administración Pública.

### **7.3 Presunción de legitimidad.**

Es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa una presunción de regularidad del acto. Cuando el acto cumple con todos los procesos para su formación y expedición, conforme a derecho dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de Derecho público o garantías individuales.

El artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece que: *“Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”*.

Por lo tanto todo acto administrativo emanado de la Administración Pública, se presume legítimo y es un acto jurídico, subordinado a la Constitución y a la ley así el ERJAFE en el artículo transcrito establece plenamente el principio de autotutela administrativa amparado en la legitimidad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, con ello tampoco se pierde la capacidad impugnatoria.

### **7.4 Presunción de legalidad.**

El principio de legalidad de los actos administrativos es aquella por el cual se considera que toda decisión que emana del poder público se encuentra en completa armonía con las reglas de derecho u ordenamiento jurídico.

Por lo mismo la Constitución de la Republica establece que todo órgano del poder público y sus servidores están en obligación de actuar únicamente ceñidos a las atribuciones, competencias y facultades constitucionales y legales.

Esta presunción tiene efectos *ius tantum*, por cuanto dura efectivamente hasta cuando la autoridad pública competente declare lo contrario, esto es, anule o decida la ilegalidad de la resolución administrativa. Bajo esta presunción legal los órganos administrativos no requieren contar con la autorización judicial o administrativa para ejecutar sus decisiones.

La presunción de legalidad atañe a la consideración de validez plena del acto administrativo, entendiéndose por tal a la cabal tramitación, y competencia del funcionario para expedirlo sobre todo a la aplicación irrestricta de la norma positiva. En muchos actos administrativos que se suspenden o anulan en la jurisdicción contenciosa es evidente que los funcionarios que los expedieron incurrieron en esas conductas, debiendo los mismos ser sancionados.

Los actos administrativos generales, deben tener su fundamento en la Constitución, por consiguiente, nada valdría, si la efectividad del principio de legalidad no estuviera garantizada contra posibles violaciones del mismo. Los administrados pueden acudir a los órganos jurisdiccionales competentes, para pedir la anulación de los actos administrativos ilegales, u oponer, como defensa, la excepción de ilegalidad cuando se haya intentado contra ellos una demanda fundada en un acto administrativo que ellos estiman ilegal.

## **8. Ejecución del acto administrativo**

La ejecución de los actos administrativos corresponde a la Administración autora del acto o, por regla general, a los ciudadanos destinatarios de los mismos. En éste último caso, ante el incumplimiento de ejecución por los destinatarios, la Administración podrá ejecutarlos forzosamente.

Esta ejecución forzosa tiene su base en el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos y que conlleva que no sea necesaria la intervención judicial para la ejecución forzosa de los actos administrativos.

La ejecutividad es común a todos los actos administrativos, no así su ejecutoriedad que únicamente se presenta en los que imponen deberes a los administrados y a cuyo cumplimiento se opone el particular, es decir, cuando no ataca voluntariamente el acto. Los actos que crean derecho a favor de un particular no son ejecutorios, sino sólo ejecutivos; tienen fuerza obligatoria, pero el particular no dispone de poder público para exigir por ellos mismos su cumplimiento.

A la ejecutividad se le ha considerado como una expresión técnica de la justicia de la administración.

No debe confundirse ejecutoriedad con ejecutividad. La segunda limita su significación: la condición del acto que puede ser efectuado.

El acto administrativo puede ejecutarse, agotándose de una sola vez. Sin embargo hay ocasiones en que no se agota en una sola vez, sino que tiene un tiempo determinado de ejecución. Todavía más, hay ocasiones en que el acto administrativo es permanente e indefinido.

Una consecuencia de la ejecutoriedad de los actos administrativos es la regla del solve et repete, que consiste en asegurar el interés fiscal para que la acción judicial se inicie.

## **9. Impugnación del acto administrativo**

### **9.1 Impugnación del acto administrativo en sede administrativa.**

La constitución de la república del Ecuador en su Art. 173 establece lo siguiente respecto a la impugnación de los actos administrativos: *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrá ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial”*.

De igual forma el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo señala en su Art. 69.- *“IMPUGNACION.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidas a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables”*.

De lo expuesto se establece que todo acto administrativo goza de la presunción de legalidad, pero la misma es relativa puesto que el administrado tiene todo el derecho de impugnar la validez del acto administrativo por vía administrativa o por la judicial.

El Dr. Patricio Secaira Durango manifiesta que *“La persona física, titular del órgano público, en ejercicio de su cargo puede tomar una decisión ajena a derecho, sea por acción u omisión, o que esta no se compadezca con la verdad material del proceso administrativo. En ese caso, el administrado tiene la facultad jurídica de reclamar, de impugnar las resoluciones que no le favorezcan”*.<sup>7</sup>

La impugnación en sede administrativa se efectiviza a través de recursos y reclamaciones, teniendo como finalidad la de evitar que el administrado realice una impugnación en sede

<sup>7</sup> Secaira, Patricio. “Curso de Derecho Administrativo”. Editorial Universitaria. Quito-Ecuador. 2004. Pg.180.

judicial; cabe aclarar que el recurso es un medio impugnatorio que se formula ante los órganos de la administración pública cuya finalidad es la de lograr la revocatoria o la modificación de dicho acto contra el cual se impugna; en cambio, el reclamo es la oposición de los administrados o particulares en contra del hecho o cosas contrarias a sus derechos, en definitiva opera en contra de las manifestaciones de voluntad de la administración ya expresadas por el ente público.

## **9.2 Impugnación del acto administrativo en sede judicial.**

Un acto administrativo es impugnabile en sede judicial a través del procedimiento contencioso administrativo de acuerdo con las regulaciones establecidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 1 que dice *“El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”*.

Al respecto el Dr. Jorge Zavala Egas manifiesta que *“El contencioso administrativo ecuatoriano, al igual que el español, se había configurado como un proceso revisor de un acto, como el procedimiento especializado con la finalidad de enjuiciar a una declaración de la Administración pública y sin cuya existencia no tiene procedencia el proceso judicial.”*<sup>8</sup>

Este mandato legal es el que permite a los administrados impugnar toda actividad administrativa reflejada a través del acto administrativo; incluso es posible por la vía judicial impugnar la inactividad de la administración pública, a lo que conocemos como silencio administrativo, sea positivo o negativo.

La jurisdicción contencioso administrativa se constituye en instrumento que garantiza la tutela judicial efectiva y el sometimiento de la administración pública, al imperio de la ley, es pues un procedimiento contralor de la legalidad de la actuación administrativa, el proceso contencioso administrativo va a conocer la pretensión del administrado frente a la actuación del respectivo órgano de la Administración pública, la que va dirigida a hacer oposición a las decisiones del poder público que sean contrarias o se consideren contrarias a sus derechos subjetivos o a sus intereses legítimos.

---

<sup>8</sup> Zavala, Jorge. Derecho Administrativo, t. I. Guayaquil. Edino. 2005. Pg. 182.

El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dispone:

*“Art. 3.- El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo; y de anulación u objetivo. 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. 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 producir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”*

Claramente podemos deducir que en la vía contencioso administrativa se pueden proponer dos recursos, los que tienen como fin frenar o detener el ejercicio arbitrario y abusivo del poder por parte de los órganos de la administración pública, al respecto el tratadista Patricio Secaira señala *“El propósito de estos recursos no es otro que tutelar la legalidad de las decisiones del poder público. Es por tanto un derecho, un reconocimiento constitucional a los administrados a fin de que ellos tengan la posibilidad de que un órgano independiente, del Poder Jurisdiccional examine el asunto y emita sentencia definitiva sobre aquel.”*; en razón del mismo la competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, a través de sus Salas, resolver estos recursos en única y definitiva instancia.

Conforme lo establece el literal a) del Art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el cual se señalan las atribuciones que tiene el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo como es conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad.

### **9.3 El “Acto” en la acción de protección.**

La Constitución de la República concibe a la acción de protección según el Art. 88 de la siguiente forma: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra pública cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concede subordinación, indefensión o discriminación”.*

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.
4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
  - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
  - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
  - c) Provoque daño grave;
  - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

De las normas invocadas se puede concebir que la Acción de protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás derechos conexos definidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y aquellos que a pesar de no estar expresamente señalados en la Constitución o tratados internacionales de derechos humanos contiene normas favorables a los contenidos en la norma suprema. La Acción de protección es un trámite de carácter especial, el mismo que está determinado en la Constitución de la República, en concordancia con los principios de aplicación de las garantías jurisdiccionales determinadas en la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, cualquier ciudadano, grupo de personas, comunidad, pueblos o nacionalidad podrán proponer una acción de protección ante la jueza o juez constitucional.

La acción de protección posibilita que se haga realidad el “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático”, una realidad efectiva y plena para todo ciudadano cuyos derechos constitucionales hubieren sido conculcados. El Estado no solamente protege a los ciudadanos de la autoridad y de las políticas públicas que no respeten sus derechos, sino también de los

particulares: de las personas jurídicas y de las personas naturales, porque ambas, y más las primeras, pueden abusar utilizando su poderío económico, social y político.

#### **9.4 La acción de inconstitucionalidad del acto administrativo.**

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad que se formulen contra actos administrativos, de conformidad con los números 1 y 2 del artículo 276 de la Constitución.

La impugnación del acto administrativo debe basarse en su inconstitucionalidad, pues si se señala que violó la ley, la vía de impugnación es la contencioso-administrativa, y si señala que el acto es ilegítimo y ha violado derechos constitucionales del accionante, la vía es la acción de protección.

La demanda es calificada y admitida a trámite por la Comisión de Recepción y calificación. Luego se la sortea, para que una Sala del Tribunal Constitucional la conozca. La sala corre traslado con la demanda al órgano que expidió el acto administrativo, para que la conteste dentro del término de quince días.

Contestada o vencido el término para contestar corre el término para resolver (quince días). La Sala puede convocar a audiencia pública. La sala resuelve la demanda con votación unánime de sus tres magistrados (sea por aceptar la demanda o desecharla). Si existe un voto salvado el caso debe ser resuelto por el Pleno del Tribunal (El Pleno puede convocar a audiencia). La resolución en el Pleno se adopta con por lo menos cinco votos conformes de los nueve vocales (sea por aceptar la demanda o desecharla).

Si la Corte Constitucional estima que un acto administrativo ha violado la Constitución, declara la inconstitucionalidad del acto. Las consecuencias jurídicas de la declaratoria de inconstitucionalidad se señalan en la Constitución: revoca el acto, y tienen efecto retroactivo, esto es, las situaciones jurídicas vuelven al estado anterior a la emisión del acto administrativo.

## **EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN**

## **1. El acto de simple administración y sus características**

El acto de simple administración es la declaración unilateral interna o ínter-orgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.

Los simples actos se diferencian del acto administrativo por sus efectos. Además no gozan del principio de estabilidad y tampoco son susceptibles de impugnación. No requieren publicidad ni notificación, basta que llegue a conocimiento del órgano que solicitó la propuesta o el dictamen.

## **2. Dictámenes e informes**

Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo.

El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.

El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo -deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa.

Los dictámenes contendrán:

- a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta;
- b) Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y,
- c) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.
- d) Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.

## **3. Impugnación del acto de simple administración**

Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables.

Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo.

Se cuestiona si los actos de simple administración pueden ser objeto de recursos administrativos. En base a su carácter "interno" y a la afirmación de que no producen efectos jurídicos inmediatos sino para el funcionario, y que no vician el acto dictado en contraposición a ellas, es que se sostiene por parte de la doctrina que tales actos no son susceptibles de recurso administrativo, mientras no se plantee un acto administrativo concreto respecto a la cuestión.

## **EL ACTO DE AFORO**

## 1. Definición

Se ha expresado por los clásicos del derecho aduanero francés que toda operación de aduana comporta una declaración previa.

En el dominio de las abstracciones, -señala Georges Pallain- no sería imposible concebir una legislación que no impusiera a los obligados otra formalidad que la de presentar sus mercaderías a la visita de la Aduana y pagar los derechos que se reconocieran como exigibles. Pero semejante sistema obligaría, -continúa Pallain- necesariamente a los agentes de las Aduanas a verificar, pesar, contar o medir todas las mercaderías y se volvería, en definitiva, en perjuicio del comercio, cuyas operaciones serían demoradas por numerosas manipulaciones. Por eso se ha rechazado -concluye Pallain- en todos los países civilizados.<sup>9</sup>

En concordancia con estas sabias enseñanzas, se ha puntualizado el de que toda operación se basa en la declaración previa del interesado, pues la Aduana no puede ejercer un control perfecto ni hacer una comprobación directa y detallada en todos los casos, lo que perjudicaría la celeridad requerida en dichas operaciones; pero eso reserva los derechos de Aduana al amparo de la responsabilidad del interesado, si se constata a posteriori que la declaración no ha sido exacta y verdadera. Se ha dicho, asimismo, que la declaración debe ser clara y precisa, pues si la declaración por su equivocidad puede perjudicar al Fisco en la percepción de la renta, queda configurado el ilícito.

## 2. Declaración aduanera

La Enmienda de 1999 al Convenio de Kyoto de 1973 para la Simplificación y Armonización de los regímenes aduaneros, asimismo, como dicho Convenio, definen la declaración de las mercaderías como el acto efectuado del modo prescrito por la Aduana, mediante la cual las personas interesadas indican qué régimen aduanero deberá aplicarse a las mercancías y mediante la cual se suministran los detalles que la Aduana requiere para la aplicación del régimen mencionado.

En la doctrina, Fernando G. Camauer puntualiza que la misma es un acto de importancia fundamental, en base al cual se formalizan y resuelven las distintas operaciones relativas al tráfico internacional que se llevan a cabo ante las Aduanas de la Nación. Puede señalarse que

---

<sup>9</sup> Georges Pallain, "Les Douanes Francaises", Tomo 1, p. 17.

este acto constituye un requisito ineludible respecto a toda mercadería que se introduce o extrae de un territorio aduanero determinado, y que tiene carácter previo y condicionante del despacho aduanero regular de la misma. Cita en apoyo de su tesis, la opinión de Cristóbal Aguirre, autor de las Ordenanzas de Aduana Argentina, sancionadas en 1876, mediante la ley 810, quien indicaba que la base del sistema de Aduana es la declaración previa de la operación que quiere ejecutarse.

Por consiguiente, la declaración aduanera es el acto por el cual el consignatario y/o el importador de las mercancías manifiesta su deseo o intención de dar a éstas un destino aduanero previsto por la ley del país, afirma que reúne los requisitos establecidos para dicho régimen y se obliga a cumplir las obligaciones derivadas de su declaración.

La declaración contiene información relativa al comprador, vendedor extranjero, la transacción comercial, la mercancía y toda la que es necesaria para verificar la cantidad, calidad, naturaleza y origen de las mercancías con el fin de determinar los tributos establecidos para la importación de las mercancías a que se refiere la declaración

De acuerdo a las normas de algunos países, tiene naturaleza y efectos jurídicos de declaración jurada o de documento público fiscal.

La declaración aduanera será presentada de manera electrónica y/o física de acuerdo al procedimiento y al formato establecido por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Una sola declaración aduanera, podrá contener las facturas, documentos de transporte de un mismo manifiesto de carga y demás documentos de soporte o de acompañamiento que conformen la importación o exportación, siempre y cuando correspondan a un mismo declarante y puerto, aeropuerto o paso fronterizo de arribo para las importaciones; y de embarque y destino para las exportaciones.

Para efectos de contabilización de plazos y determinación de Abandono Tácito conforme el artículo 142 literal a) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se tomará en cuenta la llegada de la Mercancía conforme lo ampare el manifiesto de carga contenido en la declaración aduanera.

## **2.1 Declarante.**

La Declaración Aduanera es única y personal, consecuentemente, será transmitida o presentada por el importador, exportador o pasajero, por sí mismo, o a través de un Agente de Aduanas.

En los casos de tráfico postal y mensajería acelerada o Courier, el declarante podrá ser el operador público, o los operadores privados debidamente autorizados para operar bajo estos regímenes. En las exportaciones la declaración aduanera podrá ser transmitida o presentada por un agente de carga de exportación autorizado para el efecto.

El declarante será responsable ante el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador por la exactitud de la información consignada en la declaración aduanera. El agente de aduana será responsable por la exactitud de la información consignada en la declaración aduanera, en relación con la que conste en los documentos de soporte y acompañamiento que a éste se le hayan entregado. En los casos en que la declaración de importación se presente sin la participación de un agente de aduana, el declarante deberá cumplir adicionalmente con los requisitos y formalidades que establezca el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, los mismos que deberán ir en concordancia con los exigibles para ser agente de aduana.

## **2.2 Contenido de la declaración aduanera.**

Los datos que se deban consignar en la declaración aduanera estarán fijados por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en el formato que se determine para el efecto, teniendo en cuenta los requisitos contemplados en los convenios o tratados internacionales de los cuales el Ecuador forme parte.

Sin perjuicio de lo anterior, la información que conste en la declaración aduanera contendrá, al menos, la identificación del declarante, la del medio de transporte, la descripción de las mercancías, origen, procedencia y el valor de las mismas.

La declaración andina de valor (DAV) y la autoliquidación de los tributos al comercio exterior se consideraran parte de la declaración aduanera, cuando su presentación sea exigible.

### **2.3 Presentación de la declaración aduanera.**

La declaración aduanera será presentada de manera electrónica, y física en los casos en que determine la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Esta transmisión junto a los documentos de soporte, y los documentos de acompañamiento deberá efectuarse a través del sistema informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en los formatos preestablecidos.

Los datos transmitidos de la declaración aduanera pasarán por un proceso de validación que generará su aceptación o rechazo. De no detectar inconsistencias, la declaración aduanera será aceptada y se designará la modalidad de despacho correspondiente según mecanismo de selección sobre la base del perfilador de riesgo, otorgándole un número de validación para continuar su trámite y señalando la fecha en que fue aceptada,

En los casos de que a la declaración aduanera se le asigne aforo físico o documental, esta deberá completarse el mismo día con la transmisión digital de los documentos de acompañamiento y de soporte, que no se puedan presentar en formato electrónico. Cuando no se cumpliera con el envío de los documentos indicados en el presente artículo dentro del término de los treinta días calendario, contados a partir de la fecha de arribo de la mercancía, acarreará su abandono tácito según lo establecido en el literal a) del Artículo 142 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, sin perjuicio de la imposición de la respectiva multa por falta reglamentaria de acuerdo a lo establecido en el literal d) del Artículo 193 ibídem.

Así mismo, en caso que producto del aforo físico o documental surjan observaciones que deban ser subsanadas por el declarante, éste podrá subsanar la observación o solicitar tiempo adicional para subsanarla hasta máximo el día hábil siguiente de efectuada, caso contrario el funcionario a cargo del aforo deberá cerrar el trámite considerando únicamente los documentos presentados inicialmente, pudiendo incluso disponer la separación de aquella mercancía que producto de la observación no pueda obtener su levante.

Cuando por razones de fuerza mayor, debidamente declaradas por la Dirección General, no funcione el sistema informático para el despacho de mercancías, las Direcciones Distritales, en coordinación con la Dirección General dispondrán un mecanismo o procedimiento alternativo

para que se efectuó la declaración aduanera, mientras se restablecen los medios utilizados normalmente, precautelando la continuidad de las operaciones de comercio exterior.

Para las declaraciones aduaneras simplificadas o regímenes aduaneros de excepción, siempre que el Director General del Servicio Nacional de Aduanas lo disponga, bastará su presentación en formato físico.

#### **2.4 Naturaleza jurídica de la declaración aduanera.**

En doctrina se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de esta declaración, en especial, si constituyen o no un negocio jurídico, un acto administrativo bilateral o carece de la naturaleza de negocio jurídico.

En un trabajo doctrinario del Técnico de Aduanas de España, Ildefonso Sánchez González<sup>10</sup>, se adopta un criterio tributarista, sosteniendo que la declaración consiste en una manifestación de un hecho imponible o impositivo, cuya realización se pone en conocimiento de la Administración solicitando, además, que permita el perfeccionamiento de la misma.

Este autor sintetiza las posturas de Cutrera y Di Lorenzo, quienes entienden que la declaración es, sobre todo, una manifestación de voluntad, dirigida a establecer un negocio jurídicamente eficaz. Sostienen, también, que la declaración aduanera constituye el primer paso con el cual se inicia la relación aduanera, que asume una función muy distinta de la simple denuncia del contribuyente para el cumplimiento de sus obligaciones aduaneras pues, además de manifestar los elementos necesarios para la determinación del sujeto, del objeto y de la deuda tributaria, expresa un acto de voluntad dirigido libremente, a un fin práctico, que consiste en el destino aduanero de la mercancía y confiere una orientación particular a esta relación aduanera, cuya constitución, modificación o resolución depende siempre, dentro de los límites del derecho, de una declaración del interesado.

Este mismo autor comenta la postura sostenida en Italia por Alessi, Antonini, Vanoni y Vinciguerra y en España por Cortés Domínguez quienes parten de la doble función que cumple la declaración aduanera, es decir, como acto inicial del procedimiento de liquidación de la deuda tributaria y como medio de dar a conocer a la Administración el destino que el propietario se propone dar a la mercadería, negando la naturaleza negocial de la declaración. Incluso no admiten que se trate de un negocio unilateral.

---

<sup>10</sup> Sánchez, Ildefonso. "La Declaración Aduanera en Rev. Derecho Aduanero". T. I - B de enero a junio de 1969. Pgs. 961 a969.

Alessi concluye indicando que la declaración presenta la naturaleza de comunicación jurídicamente relevante: acto jurídicamente relevante y no negocio jurídico.

Sánchez González, expone que la declaración aduanera no es un acto de disposición sobre la mercancía, ni es una declaración de voluntad negocial, sino una simple manifestación del hecho imponible y de sus elementos ante la Administración; que no posee el carácter constitutivo de la obligación aduanera, pues tal corresponde al hecho imponible, y que la incapacidad del declarante solamente anula la declaración a instancia de parte o de oficio cuando es conocida por la Administración antes de la recaudación de la deuda tributaria.

### **3. El acto de aforo y sus características**

Es el acto de determinación tributaria a cargo de la Administración Aduanera y se realiza mediante la verificación electrónica, física o documental del origen, naturaleza, cantidad, valor, peso, medida y clasificación arancelaria de la mercancía.

### **4. Modalidades de aforo**

Para el despacho de las mercancías que requieren declaración aduanera, se deberá utilizar cualquiera de las siguientes modalidades de aforo: automático, electrónico, documental o física (intrusivo o no intrusivo). La selección de la modalidad de aforo se realiza de acuerdo al análisis de perfiles de riesgo implementado por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

En el caso de mercancías perecederas y animales vivos u otras mercancías autorizadas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en virtud de su naturaleza, tendrán prioridad en su reconocimiento físico, de ser el caso.

Cuando las mercancías deban someterse a un control por otras autoridades que incluya el reconocimiento físico de éstas, las autoridades aduaneras procurarán que los controles se realicen de forma coordinada.

En cualquier etapa del proceso del control aduanero, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador podrá realizar inspecciones de la mercancía a través de un sistema tecnológico de escaneo con rayos X o similares, inclusive indistintamente de la modalidad de despacho al que ésta fuere sometida.

#### **4.1 Aoro automático.**

Es la modalidad de despacho que se efectúa mediante la validación electrónica de la declaración aduanera a través del sistema informático con la aplicación de perfiles de riesgo establecidos por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Quedan excluidas de la aplicación de esta modalidad de despacho las importaciones y exportaciones de mercancías que requieran documentos de control previo, siempre que estas no sean transmitidas vía electrónica, así como aquellas importaciones o exportaciones de mercancías cuya inspección sea requerida por otras entidades del Estado, de acuerdo a lo establecido en la normativa legal pertinente.

#### **VER INFORME DE AFORO EN ANEXO # 1**

#### **4.2 Aforo electrónico.**

Consiste en la verificación de la declaración aduanera y/o de sus documentos de acompañamiento y de soporte, contrastados con la información que conste registrada en el sistema informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, con el objeto de determinar la correcta liquidación de tributos al comercio exterior y/o el cumplimiento de las disposiciones aduaneras exigidas según el régimen aduanero y mercancías declaradas.

Esta verificación se realizará únicamente con documentos electrónicos o digitales en el Sistema Informático del Servicio Nacional de Aduana, por lo que quedan excluidas de la aplicación de esta modalidad de despacho las importaciones y exportaciones de mercancías que requieran documentos de control previo, siempre que estas no sean transmitidas vía electrónica, así como aquellas importaciones o exportaciones de mercancías cuya inspección sea requerida por otras entidades del Estado, de acuerdo a lo establecido en la normativa legal pertinente.

#### **4.3 Aforo documental.**

Consiste en la verificación de la Declaración Aduanera y de sus documentos de acompañamiento y de soporte, contrastados con la información que conste registrada en el sistema informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, con el objeto de determinar la correcta liquidación de tributos al comercio exterior y/o el cumplimiento de las disposiciones aduaneras exigidas según el régimen aduanero y mercancías declaradas.

## **VER INFORME DE AFORO EN ANEXO # 2**

### **4.4 Aforo físico.**

Es el reconocimiento físico de las mercancías, para comprobar su naturaleza, origen, condición, cantidad, peso, medida, valor en aduana y/o clasificación arancelaria, en relación a los datos contenidos en la Declaración Aduanera y sus documentos de acompañamiento y de soporte, contrastados con la información que conste registrada en el sistema informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, con el objeto de determinar la correcta liquidación de Tributos al Comercio Exterior y/o el cumplimiento de las disposiciones aduaneras exigidas según el régimen aduanero y mercancías declaradas.

Esta modalidad de aforo podrá realizarse mediante la inspección intrusiva o constatación física de las mercancías, o mediante sistemas tecnológicos de inspección no intrusiva.

## **VER INFORME DE AFORO EN ANEXO # 3**

### **5. Procedimiento a realizar durante el acto de aforo**

Para el acto de aforo dispuesto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se tendrán en cuenta las normas siguientes:

- a) La naturaleza de las mercancías se establecerá verificando la materia constitutiva, grado de elaboración y más características que permitan identificar plenamente al producto;
- b) La clasificación arancelaria se efectuará con la aplicación de las reglas generales interpretativas del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, , notas complementarias nacionales, las normas internas que para el efecto dicte el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y la aplicación de consultas de clasificación arancelaria vigentes, absueltas en virtud de lo contemplado en el presente reglamento;
- c) El valor en Aduana de las mercancías importadas será determinado según las normas del Acuerdo sobre valoración de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y las disposiciones de carácter nacional y supranacional que rijan la valoración aduanera.

El resultado de las distintas etapas del aforo será registrado en el Sistema Informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador el mismo día en que se haya efectuado dicho acto. En el caso de ser aforo físico, deberá registrar imágenes de las mercancías aforadas.

## **6. Cierre del acto de aforo**

Es la culminación del acto de aforo que se materializa a través de la liquidación definitiva o complementaria de la obligación tributaria.

En las declaraciones aduaneras seleccionadas para el aforo físico mediante el uso de medios no intrusivos se procederá al cierre definitivo del trámite, siempre que se hubiere verificado el cumplimiento de todas las formalidades aduaneras y que concurren las siguientes circunstancias:

1. Realizado el aforo físico mediante el uso de medios no intrusivos, no se detecten novedades; o,
2. Posterior al aforo físico mediante el uso de medios no intrusivos y habiéndose determinado la necesidad de realizar el reconocimiento físico de las mercancías, se obtenga como resultado la conformidad de lo declarado; o,
3. Como consecuencia del reconocimiento físico de las mercancías, se hubiere generado la liquidación complementaria de tributos.

## **7. Impugnación del acto de aforo**

La liquidación de aforo, como todas las liquidaciones oficiales proferidas por la administración de impuestos, puede ser recurrida.

Aunque no hay una norma que expresamente se refiera a la posibilidad de recurrir la liquidación de aforo, si hay una norma que se refiere a las liquidaciones oficiales en general.

## **LA IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE ACTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

## 1. Revocación y anulación

“Revocación” es la extinción del acto realizada por la misma administración, y puede ser por razones de legitimidad u oportunidad; y, “anulación” es la extinción del acto realizada por los jueces, y es sólo por ilegitimidad.

### 1.1 Teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa.

Las reglas que rigen la impugnación y revisión de los actos administrativos y reglamentos, en sede administrativa, son diferentes en algunos aspectos de las que imperan en sede judicial.

Pero esas diferencias no afectan en modo alguno la teoría de las nulidades de fondo a aplicarse: Dicha teoría de las nulidades de los actos administrativos es la misma tanto si la extinción del acto es realizada en vía administrativa como jurisdiccional. Por ello serán también iguales las consecuencias que quepa aplicar a un acto defectuoso, tanto si la extinción se efectúa en la administración o en la justicia.

### 1.2 Diferencia entre revocación y anulación.

El Dr. Granja Galindo respecto a la revocación manifiesta: *“...la revocación del acto administrativo consiste en la declaración de voluntad de la administración pública, en virtud de la cual se anulan o modifican los efectos jurídicos producidos por el acto revocado. La revocación es una forma de extinguir la relación jurídica establecida entre la administración y el particular”*.<sup>11</sup>

El Dr. Pablo Tinajero, dice al respecto: *“La potestad revocatoria es una potestad autónoma que se dirige a realizar las modificaciones jurídicas en el mundo exterior eliminando un acto contrario al interés público”*.<sup>12</sup>

El Estatuto del Régimen jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva prescribe en el Art. 170.- *“Revocación de actos rectificación de errores.- La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. La Administración Pública*

<sup>11</sup> Granja, Nicolás. *Práctica de Derecho Administrativo*. Quito. Editorial Universitaria. 1994. Pg. 308.

<sup>12</sup> Tinajero, Pablo. *La Acción de Lesividad*. Quito. Biblioteca de Jurisprudencia. 1986. Pg. 26.

*Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.*

En consecuencia, los actos administrativos con fundamento de la potestad revocatoria está radicado en la aptitud del órgano de la administración pública, para dejar sin efecto un acto y emitir un nuevo acto sobre el mismo asunto, sea por razones de falta de oportunidad o de conveniencia del interés público.

De modo general, los actos administrativos pueden ser revocados por la misma autoridad que emitió el acto o por los superiores jerárquicos, en cualquier tiempo.

Desde el punto de vista de autor Agustín Gordillo, sobre los efectos definitivos en sede administrativa señala: *“Lo esencial del acto administrativo que es posible de impugnación, no puede estar en producir efectos jurídicos definitivos absolutos, ni definitivos en sede administrativa”*.<sup>13</sup>

La revocación directa, puede ser ejercida por el mismo órgano que emitió el acto, siempre que tenga la facultad para revocar; o por el superior jerárquico competente.

La revocación es la declaración unilateral de un órgano en ejercicio de la función administrativa en el que extingue, sustituye o modifica el acto administrativo por razones de oportunidad o de legitimidad, puede ser total o parcial.

La revocación directa consiste en que: *“la administración hace desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente”*.<sup>14</sup>

La revocación puede producirse por los siguientes motivos: *“Por ilegalidad o vicio del acto, o por razones de conveniencia u oportunidad...”*.<sup>15</sup>

Los actos administrativos pueden extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de oportunidad, al respecto, el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, determina: Art. 91.- *“Extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo. El*

---

<sup>13</sup> Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. 2000. Pg. 28.

<sup>14</sup> Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo General y Colombiano. Temis S.A. Bogotá. 2000. Pg. 242.

<sup>15</sup> Jaramillo, Herman. Manual de Derecho Administrativo. Segunda Edición. 1986. Pg. 50.

*acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos. La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como, cualquier autoridad jerárquicamente superior ella”.*

Los actos administrativos gozan de ciertas características como son la presunción de legalidad y de ejecutoriedad, como así lo determina la doctrina y nuestro sistema jurídico, compendiado en el art. 68 del ERJAFE. La presunción de legalidad, denominada también de legitimidad, de validez o de juridicidad, consiste en presumir que el acto fue dictado conforme a derecho, esto es que su emisión se sujetó a todas las prescripciones de orden normativo. En efecto, son actos que emanan o supuestamente emanan de funcionarios públicos competentes señalados por la propia ley, que deben observar determinadas formas y procedimientos para emitir un acto administrativo. Por la presunción de legitimidad, el Estado no requiere declarar que su actividad es legítima y que el acto emitido goza de legalidad. Para desvirtuar esta presunción es necesario pedirla, sea ante la misma administración o ante la justicia. El administrado debe pedir la declaración de ilegitimidad, mientras tanto debe comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea, para lo cual debe impugnar ante los órganos jurisdiccionales y a quienes corresponde probar la ilegalidad del acto impugnado, es precisamente a quien la impugna. La doctrina nos enseña que esta presunción es legal provisional, transitoria, calificada como “juris tantum”, que puede ser desvirtuada demostrando que el acto impugnado contraviene el orden jurídico.

Ahora bien, el acto administrativo goza de la presunción de legitimidad, esta puede ser desvirtuada por los administrados mediante los recursos previstos en la ley, pues estos no pueden ser considerados una clase de seres subalternos, subordinados a las resoluciones de los poderes públicos que muchas veces abusan del poder. Para evitar atropellos se crearon instituciones jurídicas que reconocen el derecho de tales administrados a oponerse a las decisiones administrativas que menoscaben o lesionen sus derechos o intereses, concediéndoles la capacidad y facultad de contradicción, de réplica, de oposición a la decisión pública, mediante lo que la ley y la doctrina denominan impugnación, interponiendo la acción contencioso administrativa ya a través del recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder, ya mediante recurso subjetivo o de plena jurisdicción, pretendiendo en el primero que se declare la nulidad y en el segundo, la ilegalidad o nulidad del acto administrativo.

La nulidad del acto administrativo puede pretenderse mediante recurso objetivo o mediante recurso subjetivo; más al revisar y analizar varios procesos relacionados con la materia contencioso administrativa, así como algunas sentencias dictadas por los tribunales distritales y especialmente los recursos de casación interpuestos por las partes, puede observarse que a menudo existe confusión entre la nulidad de un acto administrativo impugnado mediante recurso de plena jurisdicción o subjetivo y la nulidad mediante recurso objetivo o de anulación.

La acción contencioso administrativa, conforme lo preceptúa el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puede interponerse mediante dos recursos: el de plena jurisdicción o subjetivo contra cualquier acto administrativo emanado de un organismo del sector público que lesione un derecho subjetivo individual. Utilizando los términos de la disposición mencionada, este recurso *“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, mediante el recurso objetivo o de anulación que se lo denomina también 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”*. La impugnación en este caso es a un acto o decisión administrativa de carácter general, pretendiendo la tutela de la norma jurídica. El propósito del recuso objetivo es lograr la nulidad de la resolución emanada de un ente público y restablecer el imperio jurídico afectado.

## **2. Nulidades del acto administrativo**

### **2.1 Vicios que originan las distintas nulidades.**

Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas al ERJAFE deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al presente estatuto también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables.

Si el acto administrativo adolece de vicios que diluyen su perfección, estos originan su nulidad. Consecuentemente, no constituirá vicio o defecto que atente contra la perfección del acto, si fue

dictado en armonía con el derecho aun cuando posteriormente se produzca un cambio en el ordenamiento jurídico.

El Art. 95 del ERJAFE establece: *“VICIOS SUSCEPTIBLES DE CONVALIDACION.- Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio. Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente”.*

Las nulidades que pueden afectar a un acto administrativo son de tres tipos: Anulabilidad, nulidad o inexistencia.

## **2.2 Actos anulables.**

El Derecho Administrativo recoge del Civil la distinción entre nulidad absoluta y relativa cuando establece la existencia de causales de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad, y da a cada una las mismas características. Nuestra jurisprudencia sostiene expresamente esto cuando establece que en el ámbito administrativo “se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical)...; y, la anulabilidad (o nulidad relativa)”.

Cualquier irregularidad del acto administrativo que no sea de las enunciadas como causales de nulidad de pleno derecho, producen la anulabilidad del acto. Cuando un acto es anulable, la Administración lo puede convalidar y el acto será válido a partir de la convalidación.

Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo

que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

### **2.3 Actos nulos.**

El Art. 94 del ERJAFE establece: *“No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento. Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el motivados”.*

En el Ecuador, ya desde la época del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia ha sostenido consistentemente, como regla general, que la Administración no está facultada para revisar sus propios actos, salvo que una norma se lo permita expresamente.

Para ello se basó inicialmente en la clara referencia que contiene la letra d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, al establecer quiénes pueden “demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración”, se refiere al “órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”.

Posteriormente, la acción de lesividad se ha desarrollado en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y en la actualidad se la reconoce expresamente en el número 11 del art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial Administración no puede por sí misma dejar sin efectos sus actos irregulares, si la irregularidad es de aquellas que producen la anulabilidad. Cuando esto ocurra, dice el primer inciso, la Administración podrá, de oficio o a petición de parte, emitir un acto administrativo que declare lesivo para el interés público el acto irregular. Para proceder a la referida declaratoria debe tramitarse un procedimiento que permita exponer sus puntos de vista a las personas que puedan verse afectadas por la anulación del acto; la declaración de lesividad debe ser hecha por la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo y, dice el segundo inciso del art. 373, exige “la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo”.

Al respecto, el Art. 97 del ERJAFE prescribe: *“LESIVIDAD.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria*

*previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.*

*La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”.*

#### **2.4 Inexistencia de acto.**

En el ámbito del Derecho Civil, autores como Claro Solar sostienen la necesidad de distinguir entre los actos nulos y los actos inexistentes. Esto porque del mandato del art. 1697 del Código Civil, en virtud del cual es nulo todo acto “a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”, se desprendería que si lo que falta es uno de los requisitos esenciales para el perfeccionamiento jurídico del acto, no puede hablarse de nulidad sino de inexistencia: “*el Código ha sabido distinguir la inexistencia del acto o contrato, por la falta de algún requisito exigido por la ley para su perfeccionamiento, de la nulidad del acto o contrato por la falta de algún requisito prescrito por la ley para el valor del mismo acto o contrato; y por eso al referirse a los requisitos necesarios para el valor del acto o contrato da por establecido que el acto o contrato existe*”.<sup>16</sup>

Este es también el punto de vista de nuestra jurisprudencia. Hay que distinguir, dice una sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, tres grados de ineficacia de los actos jurídicos: la máxima o inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa<sup>17</sup>; la falta de consentimiento, dice otra sentencia, torna indiscutible que el contrato no existe.<sup>18</sup>

En el Ecuador, en el ámbito del Derecho Administrativo, la teoría de la inexistencia ha sido recogida por Jaramillo Alvarado (1953: 276) y por Granja Galindo (2002:312) y ha sido aplicada por la Procuraduría General del Estado, según la cual la validez de los actos depende de que reúnan los requisitos que la ley prevé para cada caso; todo lo que se ejecute al margen de la ley

<sup>16</sup> Claro Solar. 1992. VI, XII: 588.

<sup>17</sup> Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 16 de mayo de 2001. Gaceta Judicial. Serie XVII, No. 6. Pg. 1527. Noveno considerando.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de junio de 1974, Gaceta Judicial, serie XII, No. 6, p. 1240, cuarto considerando.

*“constituye lo que el derecho administrativo singulariza como ‘Acto Inexistente’, el mismo que por su naturaleza no genera obligación ni efecto jurídico alguno”.*<sup>19</sup>

Salta a la vista que, cuando se trata de actos administrativos, la teoría del acto inexistente debe enfrentarse a las dificultades que surgen de la presunción de legitimidad. En efecto, si fuera posible sostener la inexistencia de un acto, los obligados a cumplirlo podrían eludir su obligación argumentando una violación legal, pero esto significaría destruir la presunción de legitimidad.

No se trata, en consecuencia, de un problema secundario, pues como se ha visto sería posible eximirse de cumplir un acto administrativo si se alega su inexistencia, mientras que un acto que existe, aunque sea irregular, debe cumplirse hasta que se declare la nulidad.

Incluso autores como García de Enterría y Fernández, que aceptan la teoría de la inexistencia, la consideran limitada por las particularidades del Derecho Administrativo, que reducen *“la categoría del acto inexistente refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no solo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos susceptibles de producir cualquier clase de efecto”*.

De todos modos, de aceptarse que existen casos en que no debe hablarse de actos nulos sino de actos inexistentes, hay que admitir que se trataría de casos absolutamente excepcionales e, incluso, improbables, en los que no quepa duda sobre la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad.

### **3. El derecho a impugnar los actos administrativos**

#### **3.1 Diferentes derechos en sede administrativa y judicial.**

La primera diferencia se refiere al derecho a impugnar el acto: En el procedimiento administrativo es posible impugnar un acto no sólo cuando éste desconoce un derecho subjetivo del recurrente, sino también cuando viola un interés legítimo.

En el proceso judicial, en cambio, sólo puede impugnarse un acto, en principio, cuando se tiene un derecho subjetivo por él afectado.

---

<sup>19</sup> Oficio 15846 de 5 de abril de 2005, publicado en el Registro Oficial 32, 6 de junio de 2005.

### **3.2 Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.**

#### **DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO**

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo y el interés simple son protecciones establecidas por el orden jurídico en favor de los individuos.

El derecho subjetivo son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u otra causa admisible en derecho. Un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho.

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo tiene importantes efectos prácticos en orden a la protección jurídica del administrado, tanto en lo que hace a las pretensiones que puede esgrimir contra la administración, como en cuanto a la vía (judicial o administrativa) y especie de procedimiento que puede emplear para hacer valer la pretensión.

El rasgo común en todos los criterios desarrollados muestra que el interés legítimo recibe una consideración o rango inferior al derecho subjetivo. Esto es lógico si se tiene en cuenta que el derecho subjetivo se tiene en exclusivo interés de su titular, en tanto que el interés legítimo es en beneficio de la comunidad o interés público, razón por la cual el derecho subjetivo recibe un grado de protección jurídica más perfecta e intensa que el interés legítimo.

Basándose en esto se admite que el que es titular de un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia, reclamando no sólo la extinción del acto, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones pertinentes. Mientras, el que es titular de un interés legítimo sólo puede reclamar ante la propia administración y únicamente en casos limitados, ante la Justicia, sin derecho a pedir indemnización alguna.

<b>DERECHO SUBJETIVO ADMINISTRATIVO</b>	<b>INTERÉS LEGÍTIMO</b>
Es la facultad otorgada o reconocida por el ordenamiento jurídico administrativo al particular que se encuentra en una situación individualizada y exclusiva, para que exija a la Administración Pública una determinada conducta que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.	Es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico administrativo al particular que se encuentre en una situación actual o potencialmente concurrente para que impugne una actividad administrativa ilegítima que le causa un perjuicio directo.

<b>DERECHO SUBJETIVO ADMINISTRATIVO</b>	<b>INTERÉS LEGÍTIMO</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Exclusividad</li> <li>2. El derecho subjetivo puede ser afectado tanto por la actuación legítima como ilegítima del Estado.</li> <li>3. Proporciona un bien de la vida o utilidad material sustancial a su titular</li> <li>4. Relación personal.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Concurrencia</li> <li>2. Supone un obrar antijurídico de la Administración Pública.</li> <li>3. Garantiza un poder de reacción frente a la ilegalidad, una utilidad procesal o de tipo impugnativo.</li> <li>4. Relación directa.</li> </ol>

## **INTERÉS SIMPLE**

Es la facultad que tiene cualquier ciudadano para efectuar la llamada "mera denuncia" (para distinguirla de la denuncia de ilegitimidad), frente a acciones u omisiones irregulares o ilegítimas de la Administración Pública.

En el campo del Derecho Administrativo, la utilidad garantizada, es decir el interés que se busca realizar, es el interés público, por lo que los intereses privados sólo recibirán tutela jurídica en la medida que no contradigan el bien común. Teniendo esto en cuenta, vemos que los derechos de los administrados siempre se presentarán en una relación de coincidencia con el bien común.

De tal manera, que siempre que un administrado pueda invocar el quebrantamiento en su perjuicio por parte de la Administración Pública de las exigencias de la virtud de la justicia distributiva, se encontrará habilitado para interponer un recurso administrativo o una acción judicial, según el caso, sin necesidad de distinguir si es titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Es importante destacar la situación de los administrados frente a una irregular acción u omisión de la Administración Pública o de los restantes órganos estatales, que manifiestan su interés en denunciar tal situación a los efectos que dicha irregularidad sea corregida y castigados sus responsables.

En principio, quien no puede alegar un perjuicio actual o potencial derivado de la conducta administrativa, no se encuentra habilitado para ser parte en un recurso administrativo o acción judicial.

Sin embargo, como es de interés a todo ciudadano el concreto cumplimiento de las obligaciones de quien administra el cuerpo social, la legislación administrativa acuerda al administrado el derecho de denunciar esa conducta perjudicial para el bien común.

En este caso, el administrado es titular de un interés simple.

El interés simple se diferencia del derecho subjetivo y del interés legítimo en que el particular no sufre perjuicio directo ni está ligado a la actividad administrativa por ningún vínculo jurídico.

### 3.3 Derecho subjetivo.

El derecho subjetivo se caracteriza en esencia por la reunión de dos elementos:

- a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; y,
- b) Que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad.

### 3.4 Interés legítimo.

El interés legítimo se presenta a su vez en dos aspectos distintos e independientes entre sí:<sup>20</sup> y<sup>21</sup>

A) El primer caso, que es el interés legítimo común, se caracteriza por los siguientes elementos;

- a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;
- b) Que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos, en concurrencia;
- c) Y, puede agregarse, aunque de todos modos está implícito en el concepto de “interés legítimo,” que el individuo debe en este caso tener también un interés personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama.

B) El segundo caso de interés legítimo, que es el interés legítimo especial, se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Ausencia de una norma jurídica que predetermine concretamente cómo debía ser la conducta administrativa, y existencia en cambio de un límite elástico, relativo, al cual la administración está no obstante sometida.
- b) Que el recurrente tenga un interés personal y directo;
- c) Sin que interese si hay relación de exclusividad —individualidad— o en cambio concurrencia de individuos.

### 3.5 Interés simple.

En cuanto al interés simple, él se caracteriza por lo general por estos elementos:

<sup>20</sup> Marienhoff, Miguel. Dominio público. Protección jurídica del usuario, Buenos Aires.

<sup>21</sup> Guicciardi, Enrico, La giustizia amministrativa, Padua, 1957.

- a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;
- b) Concurrencia;
- c) Ausencia de un interés personal y directo del impugnante: Basta el mero interés genérico de que se cumpla la ley.

#### **4. La impugnación de actos de carácter general**

##### **4.1 Criterio imperante en sede judicial.**

Dado que en sede administrativa es dable recurrir aunque no se tenga un derecho subjetivo sino un mero interés legítimo, es obvio entonces que no rige el principio establecido en la jurisprudencia de nuestros tribunales, de acuerdo al cual se excluye la impugnación judicial de reglamentos administrativos, entendiendo que éstos no causan un “gravamen actual,” “por constituir medidas de carácter general.”

Esa doctrina jurisprudencial se basa en que no es dable a los jueces resolver en abstracto, y que deben entender únicamente en causas concretas. En tal sentido, se ha dicho que cuando un acto dictado por la administración “... tiene un contenido normativo, en cuanto atañe a cada una de las personas o entidades que comprende dicho sector..., los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular;” en otros términos, que una resolución general, aunque modifique un régimen jurídico determinado en el cual se encuentra comprendido un individuo, no es impugnabile judicialmente en tanto no dé lugar a un acto o hecho administrativo que implique la aplicación concreta de dicha reglamentación a un caso particular.

##### **4.2 El problema en el procedimiento administrativo.**

Aquellos principios no son de aplicación en el procedimiento administrativo, sea por los fundamentos indicados, o por la circunstancia de que tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo pueden ser defendidos en él. Respecto a lo segundo, es de recordar que una de las características del interés legítimo común es la concurrencia en que los individuos se ven afectados por una conducta administrativa antijurídica, concretamente violatoria del orden jurídico por lo tanto, dada la circunstancia adicional de que ella afecta a una pluralidad de personas, y de que éstas tengan un interés personal y directo en la cuestión, se concluye en que dichos individuos tienen interés legítimo común a impugnar el acto reglamentario.

Por ello, la conclusión pertinente es que: a) Es posible impugnar administrativamente resoluciones de carácter normativo general, y además, b) que la administración no está limitada a resolver sólo para el caso concreto de quien reclama, sino que puede y debe revocar en forma general la medida si considera en definitiva que la misma es ilegítima.

## **5. Legitimidad y oportunidad**

Otra de las diferencias en lo que respecta a la revisión del acto administrativo en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial, es que el administrador puede extinguir el acto tanto por razones de ilegitimidad como de inoportunidad, mientras que el juez sólo puede hacerlo por razones de ilegitimidad.

La distinción entre ilegitimidad e inoportunidad es también de interés dentro del propio procedimiento administrativo, ya que algunos recursos administrativos han sido interpretados a veces en el sentido de que proceden únicamente por razones de legitimidad.

## **6. Procedimientos administrativos**

El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo.

A diferencia de la actividad privada, la actuación pública requiere seguir unos cauces formales, más o menos estrictos, que constituyen la garantía de los ciudadanos en el doble sentido de que la actuación es conforme con el ordenamiento jurídico y que ésta puede ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos.

Se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo, procedimiento que por otra parte el administrado puede conocer y que por tanto no va a generar indefensión.

El procedimiento administrativo está regulado básicamente por las leyes específicas en cada país dentro del derecho administrativo. En Ecuador lo hace la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

## 6.1 Sujetos del procedimiento.

Se consideran interesados en el procedimiento administrativo ante la Administración Pública Central:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, el titular deberá demostrar tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho;
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y,
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se vuelvan parte en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, designarán mandatario común.

## 6.2 Principios del procedimiento administrativo.

**PRINCIPIO DE UNIDAD:** El procedimiento es un único proceso que tiene un comienzo y fin. Todos los procedimientos deben resolverse independientemente de la forma de inicio y, asimismo, deben ser notificados.

**PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:** La resolución del procedimiento se basa en los hechos y en los fundamentos de derecho, esto se consigue a través de la comprobación de los hechos, a través de las pruebas. En general, pueden acreditarse los hechos por cualquier medio admisible.

**PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD:** La administración en su actuación será imparcial, sin someterse a favoritismo o enemistades.

**PRINCIPIO DE ABSTENCIÓN:** Los funcionarios se abstendrán y se lo comunicaran a su superior jerárquico en los siguientes casos:

- Por tener interés personal en el asunto.
- Por tener parentesco hasta 4º grado de consanguinidad y en 2º en afinidad.

- Por tener amistad o enemistad manifiesta.
- Por ser testigo del procedimiento.

La no abstención no invalida el acto pero crea responsabilidad en el funcionario.

**PRINCIPIO DE RECUSACIÓN:** El interesado puede solicitar la recusación en cualquier momento del procedimiento, planteando las causas por escrito, se comprobarán los documentos presentados y el superior lo admitirá o no.

**PRINCIPIO DE OFICIALIDAD:** El procedimiento debe ser impulsado de oficio en todos sus trámites. La administración tiene la obligación y responsabilidad de dirigir el procedimiento, ordenando que se practique todas las diligencias necesarias para dictar la resolución. Es responsabilidad de tramitar el procedimiento a los titulares del órgano y el personal que esté a su cargo.

### **6.3 Iniciación del procedimiento administrativo .**

Los procedimientos administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada.

Conforme establece el Art. 136 del ERJAFE:

1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por resolución del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.
2. Con anterioridad a la resolución de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

Las solicitudes que se formulen deberán contener:

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
- b) Hechos, razones, fundamentos de derecho y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud;
- c) Lugar y fecha de la solicitud;

- d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; y,
- e) Órgano de la administración o unidad administrativa a la que se dirige.

Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.

De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina.

La Administración Pública deberá establecer modelos de solicitudes, reclamos, recursos, y en general de cualquier tipo de petición que se dirija a la Administración Pública Central, preferiblemente cuándo se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas, y de ser posible, se publicarán en el Registro Oficial o en una página web de dominio público del internet. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan. La utilización de los modelos no será obligatoria para los administrados.

Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la resolución de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes a su adopción, la cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando la resolución de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

#### **6.4 Modos de terminación del procedimiento administrativo.**

La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea la forma de iniciación.

Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad.

También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso.

La Administración Pública está facultada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, a celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

Requerirán, de ser el caso, la aprobación expresa del Procurador General del Estado, los acuerdos que requieran su aprobación en los términos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativos al funcionamiento de los servicios públicos.

La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente y coherente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

Las resoluciones contendrán la decisión, que deberá ser motivada. Expresarán, además, los recursos y acciones que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

En ningún caso podrá la administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carente de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en la Constitución.

La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.

## **6.5 El derecho administrativo sancionador.**

La doctrina de la división de poderes, inspirada en el modelo que ideó Montesquieu, estableció un sistema de configuración del Estado dividido en tres funciones: la Función Legislativa, Ejecutiva y Judicial. Este modelo incide en las atribuciones que corresponden a cada una de las funciones en que se distribuye el poder del Estado. A la Función Ejecutiva lo corresponde ejecutar la voluntad de la ley, siempre subordinada a los mandatos de la Constitución y las leyes que expide la Función Legislativa.

Bajo esta premisa, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce a la Administración del Estado el ejercicio de cuatro potestades fundamentales: la potestad ejecutiva, la potestad resolutive, la potestad reglamentaria y la potestad sancionadora.

La finalidad de la potestad sancionadora es proteger el interés general o los derechos de los ciudadanos. La ley otorga a la Administración la potestad de sancionar las conductas que pueden afectar los derechos de los ciudadanos y el interés general, y además, faculta para ejecutar estas sanciones. El Derecho sancionador administrativo es eminentemente preventivo, tiende a que los ciudadanos no provoquen conductas que puedan lesionar los derechos de los demás o lesionar los intereses generales. Sin embargo, la potestad sancionadora de la Administración tiene los siguientes límites: el principio de legalidad, la proporcionalidad de la sanción y el derecho de defensa.

## **6.6 Principios de la potestad sancionadora.**

### **PRINCIPIO DE LEGALIDAD:**

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma.
2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal.
3. Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio, por la Administración Pública Central, de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.

**PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD:**

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.
2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

**PRINCIPIO DE TIPICIDAD:**

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley.
2. Únicamente por la Comisión de Infracciones Administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.
3. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

**PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD:**

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.
2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.
3. La máxima autoridad de la unidad de asesoría jurídica de la entidad u organismo que emita la normativa, certificará por escrito que dicho cuerpo legal no contradice la Constitución Política de la República, los Convenios Internacionales Ratificados por el Ecuador y las leyes vigentes.

Será de responsabilidad de la Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República la validación de los certificados emitidos, en forma previa a la publicación de dicha normativa en el Registro Oficial.

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:**

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.
2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:
  - a) La existencia de intencionalidad o reiteración;
  - b) La naturaleza de los perjuicios causados; y,
  - c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

**7. Reclamos y recursos administrativos**

**7.1 Reclamos administrativos.**

En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

- a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración;
- b) La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,
- c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple Administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.

## **7.2 Recursos administrativos.**

Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en el ERJAFE.

La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Los convenios y tratados internacionales podrán sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos tales como la conciliación, mediación o arbitraje, en los términos de dichos convenios y tratados internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.

Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa, sino solo reclamo. La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

### **RECURSO DE REPOSICIÓN**

Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directo del administrado.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

## **8. Acciones de repetición**

El derecho de repetición o acción de regreso es una facultad que permite al Estado ejercer una acción en contra del funcionario público que ha ocasionado pérdidas económicas a la Administración por obrar con culpa grave, negligencia o dolo en el ejercicio de su potestad pública y que en virtud de ello ha ocasionado que el Estado, previa sentencia ejecutoriada, indemnice al administrado. La Constitución Política del Ecuador establece que se ejercerá inmediatamente el derecho de repetición contra el empleado público, sin embargo, esta figura no ha sido utilizada.

Es claro que el régimen sancionador mediante la determinación de responsabilidad civil a los funcionarios es una de las medidas más efectivas para evitar infracciones de éstos en el ejercicio de sus cargos públicos. No solamente existe un interés constitucional ni tampoco pasa por el hecho de que la víctima será indemnizada por el daño sufrido. El hecho trascendental en estos casos es la garantía constitucional analizada desde el punto de vista administrativo ya que es esencial que los funcionarios sean puestos ante los tribunales de justicia y hasta el momento no se ha encontrado mejor manera que castigar a los servidores públicos que con multas pecuniarias.

No hay materias de derecho público más importantes que estas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios.

Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es

todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.<sup>22</sup>

Es esencial puntualizar que para que la conducta de la persona o funcionario pueda ser imputada a la Administración Pública a la cual el empleado se encuentra integrado se necesita una acción u omisión enmarcada dentro de la gestión pública. Sin embargo, las administraciones públicas no pueden responder de aquellos actos puramente personales que deriven de los empleados en su servicio, cuanto la actividad realizada se hubiere llevado a cabo al margen del ejercicio de la función que deben desempeñar.<sup>23</sup>

La teoría manejada por la doctrina hace énfasis no en la relación que existe entre el ente que ocasionó el daño y el lesionado, si no que afirma que la aplicación de la responsabilidad extracontractual del Poder Público hace a un lado el comportamiento del agente público que ocasiona un daño como requisito elemental para producir la responsabilidad del Estado de indemnizar al administrado lesionado.

## **9. Jurisprudencia de impugnaciones de actos de aforo**

En el **ANEXO # 4** se referencia a una demanda contencioso-tributaria interpuesta por la **COMPAÑÍA DOMINIOSCOP S.A.** ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, en contra de la Resolución GGN-GAJ-DRR-RE-0921, dictada por el Gerente General de la CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA (CAE); y, la Resolución No. 006740, dictada por el Gerente Distrital de la CAE de Guayaquil. Dicha demanda fue declarada SIN LUGAR, ratificando la validez y legitimidad de las resoluciones mencionadas.

En el **ANEXO # 5** se hace referencia a una demanda contencioso-tributaria interpuesta por la **COMPAÑÍA JOSEFIT S.A.** ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, en contra de la Resolución dictada por el Gerente General de la CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA dentro del Recurso de Revisión No. 196-07. Dicha demanda fue declarada CON LUGAR en primera instancia; sin embargo, la Corte Nacional de Justicia dentro del Recurso de Casación No. 97-2011, lo acepta y confirma en todas sus partes la resolución impugnada.

---

<sup>22</sup> A.GORDILLO. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. "La defensa del usuario y del administrado". Pgs.XIX-1/XIX-2.

<sup>23</sup> PÉREZ, J. Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Pg. 259.

## CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación he determinado detalladamente cuáles son los requisitos para que un acto emanado por autoridad competente, sea considerado como un acto administrativo, diferenciándolo claramente de los actos de simple administración que son carentes de impugnación, siendo así fundamental que sea una declaración, unilateral, emanada de manera voluntaria y que ejerza efectos jurídicos individuales.

La anterior Ley Orgánica de Aduanas en su Art. 46 definía claramente al Aforo como un Acto Administrativo de determinación tributaria a cargo de la Administración Aduanera; sin embargo, la ley vigente que se incluyó en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones lo define simplemente como un Acto, entendiéndose así que la misma ley lo define como un acto de simple administración, pero su procedimiento de impugnación en la vía administrativa y judicial no ha cambiado.

El acto de Aforo por mucho tiempo ha sido conceptualizado de manera errada e inclusive interpretado de una manera no correcta por los usuarios de los servicios aduaneros, no obstante, por medio de esta investigación he explicado su naturaleza, definición y procedimiento, demostrando que es un acto de simple administración y por consiguiente no debe ser impugnado en la vía judicial. El acto de Aforo al no ser considerado como impugnabile por los usuarios daría lugar a que no se retarden los procesos de despacho de las mercancías como sucede en la actualidad a nivel administrativo, y consecuentemente a nivel judicial, no provocaría la cantidad de causas represadas en los juzgados y tribunales por la mala utilización de los recursos contemplados en la Ley.

En la actualidad los importadores impugnan todo tipo de actos tanto en sede administrativa como judicial, inclusive haciendo mal uso de acciones constitucionales ante los jueces garantistas, y todo en contra de informes técnicos o previos a cualquier acción de la administración, obstaculizando la actuación administrativa en un área prioritaria de la actividad estatal. Utilizando de forma indebida recursos constitucionales como la Acción de Protección, para argumentar supuestos derechos violentados por un acto inexistente y que no constituye una vulneración de derechos constitucionales, ocasionando un desgaste en la vía judicial y de los operadores de justicia.

## RECOMENDACIONES

De todo lo expresado, mi recomendación va dirigida a inculcar a la administración pública, a los administrados y a los usuarios aduaneros, la correcta interpretación y aplicación de los efectos de un acto de simple administración. Por tal razón, al existir una normativa clara, también deben establecer procedimientos acordes a lo ya establecido por la Ley, que determinen los mecanismos de solución a los problemas administrativos y judiciales que tenga la administración pública en el Ecuador de una manera óptima y eficaz.

La administración aduanera debería elaborar un instructivo o reglamento de ilustración, que sirva de conocimiento general para todos los usuarios aduaneros, que permita una correcta interpretación y accionar de los distintos actos administrativos que sean objeto de impugnación y a los cuales tengan que ser considerados como de simple administración.

Asimismo, realizar en la función judicial un estudio o análisis de cuáles han sido las causas judiciales propuestas en contra de un acto administrativo, donde los jueces hayan declarado sin lugar las pretensiones de los actores por considerar que el acto era de simple administración, para de esta manera evitar el desgaste administrativo como consecuencia de una errónea interpretación y aplicación de las normas.

## BIBLIOGRAFÍA

### Autores

- Acosta, M. (1979): *Teoría general del derecho administrativo*. México. Editorial Porrúa. 3ª edición.
- Bandeira, C. (2006): *Curso de Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa.
- Benalcázar, J. (2006): *El acto administrativo en materia tributaria*. Quito-Ecuador. Ediciones Legales, Corporación MYL.
- Bocanegra, R. (2006): *Lecciones sobre el Acto Administrativo*. Tercera Edición, Thomson Civitas.
- Borja y Borja, R. (1984): *Teoría General del Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Argentina. Editorial Depalma.
- Burbano, G. y Mestanza, M. (1995): *Diccionario de Términos Usuales de Comercio Exterior Ecuatoriano*. Edición Pudeleco.
- Carretero, A. y Carretero, A. (1995): *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid-España. Editoriales de Derecho Reunidas. Segunda Edición.
- Castejón, P. (1956): *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*. España. 3ª. Edición.
- Diez, M. (1961): *El Acto Administrativo*. Buenos Aires-Argentina. Editorial Astrea.
- Dromi, J. (1983): *Instituciones del Derecho Administrativo*. Buenos Aires- Argentina. Editorial Astrea.
- Escola, H. (1984): *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires- Argentina. Editorial Desalma. Tomo I.
- Fernández, R. (1929): *El Acto Administrativo*. Revista de Derecho Privado, Madrid-España.
- Fiorini, B. (1995): *Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Argentina. Tomo II, Segunda Edición Actualizada Reimpresión. Editorial Abeledo-Perrot.
- Fraga, G. (1969): *Derecho administrativo*. México. 13ª edición.
- García De Enterría, E. y Fernandez, T. (1977): *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid-España. Editorial Civitas S.A.
- González, O. (2001): *La Justicia Administrativa*. Tomo I. Primera Edición. San José-Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Gordillo, A. (2000): *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Argentina. Fundación de Derecho Administrativo.

- Granja, N. (1994): *Práctica de Derecho Administrativo*. Quito-Ecuador. Editorial Universitaria.
- Granja, N. (2002): *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición Actualizada. Quito-Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Jaramillo, H. (1999): *Manual de Derecho Administrativo*. Loja-Ecuador. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja.
- Linares, J. (1958): *Poder discrecional administrativo*. Buenos Aires-Argentina.
- Marienhoff, Miguel S. *Dominio público. Protección jurídica del usuario*. Buenos Aires-Argentina.
- Merino Pérez, G. (2005): *Enciclopedia de Práctica Jurídica*. Apéndice XIV. Edición Magnus.
- Milano, A. (1997): *Ensayos de Derecho Procesal Administrativo*. Primera Edición. San José-Costa Rica. Editorial Universidad de San José.
- Morales Tobar, M. (1999): *El Acto Administrativo. En: Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*. Quito.
- Nieto, A. (1994): *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid-España. Segunda Edición ampliada. Editorial TECNOS S.A.
- Pallain, G.: *Les Douanes Francaises*. Tomo 1.
- Parejo, L. (2007): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia-España. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Pérez, E. (2006): *Derecho Administrativo*. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Segundo Tomo.
- Revista IVSTITIA. (1999): Año 13. No. 151-152. San José-Costa Rica.
- Rodríguez, L. (2000): *Derecho administrativo general y colombiano*. Editorial Temis SA. Bogotá-colombia.
- Rojas, E. (2007): *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Costa Rica. Edilex S.A. Editores.
- Ruiz-Eldredge, A. (1992): *Manual de Derecho Administrativo*. Lima-Perú. Cultural Cuzco S.A. Editores.
- Sánchez, I.: La Declaración Aduanera. Revista Derecho Aduanero, T. I - B de enero.
- Santofino, J. (2003): *Tratado de Derecho Administrativo*. Colombia. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Tomo II.
- Sayagués, E. (1986): *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo-Uruguay. Editorial Martín Blánchi. Tomo Primero.

- Secaira, P. (2004): *Curso de Derecho Administrativo*. Quito-Ecuador. Editorial Universitaria.
- Tinajero, P. (1986): *La Acción de Lesividad*. Biblioteca de Jurisprudencia. Quito-Ecuador.

### **Leyes y Reglamentos**

- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI).
- Reglamento al título de facilitación aduanera para el comercio del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

### **Páginas web consultadas**

- <http://www.monografias.com>
- <http://www.ecuamundo1.com>
- <http://www.monografias.com>
- <http://wikiaduanera.org>
- <http://www.revistajuridicaonline.com>
- <http://www.aduana.gob.ec>
- <http://www.cortenacional.gob.ec>
- <http://www.derechoecuador.com>

## **ANEXOS**

**Anexo # 1: Informes de aforo automático.**

**Anexo # 2: Informes de aforo documental.**

**Anexo # 3: Informes de aforo físico.**

**Anexo # 4: Demanda Compañía Dominioscorp s.a. vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana.**

**Sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, Segunda Sala, dentro del Juicio No. 09502-2009-1038.**

**Anexo # 5: Demanda Compañía Josefit S.A. vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana.**

**Sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, Cuarta Sala, dentro del Juicio No. 09504-2008-7767.**

**Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso No. 97-2011.**