

EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO: UN COMPROMISO JURÍDICO IMPOSTERGABLE

THE ORGANIC ADMINISTRATIVE CODE: AN UNPOSTPONABLE LEGAL COMMITMENT

O CÓDIGO ORGÂNICO ADMINISTRATIVO: UM COMPROMISSO JURÍDICO INADIÁVEL

*José Gabriel Terán**

Recibido: 07/04/2018
Aprobado: 15/06/2018

Resumen

La concepción moderna de la Administración Pública la concibe como un servicio a la colectividad. Así, exige, por parte del Estado, la articulación de un marco normativo en materia administrativa que esté acorde con los principios constitucionales, y con la imperiosa necesidad de mejorar la relación entre la Administración y sus administrados. En este sentido, el Código Orgánico Administrativo, que entra en vigencia el 8 de julio de 2018, una vez que se cumpla la *vacatio legis* señalada en la Disposición final, es una alternativa novedosa y coherente con tales necesidades.

El Código desarrolla ampliamente los principios que rigen la actividad de Administración pública, señalados en el artículo 227 de la Constitución de la República, y otros principios que corresponden al Derecho Administrativo actual. Esta configuración de las bases de la ley ha permitido establecer un procedimiento administrativo común, al que están sujetos las entidades y organismos que conforman el sector público y las empresas públicas, ha reducido la dispersión normativa actual, ha zanjado simultáneamente la discusión entre el plazo y el término en el ámbito, y ha promovido importantes avances cuyo desarrollo consta en el artículo siguiente. La aprobación de este nuevo cuerpo legal ha supuesto un hecho histórico para el Ecuador.

Palabras clave: Administración pública; Principios; Código orgánico administrativo; Dispersión normativa; Procedimiento administrativo

Summary

The modern conception of the Public Administration conceives it as a service to the community. Thus, it demands, from the State, the articulation of a legal framework in administrative matters which is in accordance with the constitutional principles, and with the imperative need to improve the relationship between the administration and its administrated. In this sense, the Organic Administrative Code, which will enter into force on July 8, 2018, once the *vacatio legis* indicated in its final disposition will be fulfilled, is a coherent and innovative alternative with such needs.

The Code develops widely the aphorisms that govern the activity of public Administration, indicated in article 227 of the Constitution, and other principles that correspond to the current Administrative Law. This configuration of the law bases has allowed to establish a common administrative procedure, to which the entities and organisms that make up the public sector and public companies are subject, has reduced the current regulatory dispersion, has simultaneously settled the discussion between the term and the term in the field, and has promoted important advances whose development is included in the following article. The approval of this new legal body has been a historical fact for Ecuador.

Key words: Public administration; Aphorisms; Administrative organic code; Normative dispersion; Administrative procedure

* Abogado por la Universidad de Las Américas. Cuenta con un Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios por la Universidad de Barcelona y en Abogacía por la Universidad Pompeu Fabra (UPF) y además con una especialización superior en Contratación Pública y Modernización del Estado y con otra en Tributación, ambas por la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB). Profesor a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas.

Resumo

A concepção moderna da Administração Pública a concebe como um serviço a coletividade. Assim, exige, por parte do Estado, a articulação de um marco normativo em matéria administrativa que esteja em acordo com os princípios constitucionais, e com a imperiosa necessidade de melhorar a relação entre a Administração e seus administrados. Neste sentido, o Código Orgânico Administrativo, que entra em vigência em 8 de julho de 2018, uma vez que se finda a *vacatio legis* assignada na disposição final, é uma alternativa nova e coerente com tais necessidades.

O Código desenvolve amplamente os princípios que regem a atividade da Administração Pública assinaladas no art. 227 da Constituição da República, e outros princípios

que correspondem ao Direito Administrativo atual. Esta configuração das bases da lei vem permitindo estabelecer um procedimento administrativo comum, ao que estão sujeitos as entidades e organismos que formam o setor público e as empresas públicas, vem reduzindo a dispersão normativa atual, y lança simultaneamente a discussão entre o prazo e o término no âmbito, e vem promovendo importantes avances cujo desenvolvimento consta no artigo seguinte. A aprovação deste novo corpo legal foi considerada um fato histórico para o Equador

Palavras chave: Administração pública; Princípios; Código orgânico administrativo; Dispersão normativa; Procedimento administrativo

ANTECEDENTES DE LA MATERIA EN EL ECUADOR

En el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo *administrar* –del latín *administrāre*– se refiere a “*Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes*” (RAE, 2014). El mismo Diccionario se refiere a la Administración Pública, en adelante AP, como al conjunto de organismos de gobierno de una nación (RAE, 2014).

Para el autor español Luciano Parejo, la AP tiene una doble peculiaridad que se refleja en las definiciones recogidas anteriormente: por un lado, reviste a todos los bienes públicos pertenecientes al Estado –entendido este como la suma de las instituciones públicas de un país–, y por otro, su objeto es el desarrollo de tareas al servicio del bien común y de la ciudadanía en general (Parejo 2011, 8).

En este sentido, señaló que el Derecho Administrativo –también llamado Derecho de la Administración Pública– apareció como resultado de las necesidades del Estado de gestionar y lograr la realización de los intereses generales de su población; intereses a los que calificó de “[...] *variables y progresivamente complejos en directa relación con las funciones asumidas por el Estado en cada momento para la garantía del mínimo existencial (vinculado a la idea de dignidad) de la persona, considerada fundamentalmente en su dimensión social [...]*” (Parejo, 2011, 18).

La Administración Pública es, en efecto, una organización cuya actividad está presente en la mayoría de ámbitos y facetas de la vida social, y resulta fundamental para el desarrollo de las personas en la actualidad. En efecto, ella tiene como misión cumplir funciones económicas, sociales, culturales, etc., y garantizar –mediante la llamada “regulación económica”– la provisión de bienes y servicios indispensables tales como los de: seguridad, sanidad, educación, infraestructura, transporte, suministro de energía eléctrica, etc., y pone a los ciudadanos en el centro de la atención brindada desde las instituciones públicas. Justamente, la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el año 2008, concibe a la AP como una estructura orgánica y, más adelante, como un servicio a la colectividad

Art. 225

- El sector público comprende:
 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
 3. Los organismos y entidades, creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Art. 227

La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Así, los principios que ahora rigen la actividad administrativa son los de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación; pues el Estado ha asumido, en su Carta Magna, el fiel compromiso que mantiene respecto de la provisión de servicios óptimos (CRE, Art 225, 227, 2008).

Esta estructuración legal se halla en amplia concordancia con el artículo 1 de la misma Ley Suprema, conforme al cual, la soberanía radica en el pueblo cuya voluntad es el fundamento de la autoridad-, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Por tal motivo, y en alusión a las palabras del académico Parejo, la AP sería un poder público constituido, dado que la Administración tiene una potestad a partir del poder de actuación otorgado por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de una finalidad previamente determinada por el propio ordenamiento jurídico positivo: de ahí la estrecha relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

Sin embargo, sucede que, a lo largo de la historia republicana del Ecuador, la Administración Pública no ha sido regulada integralmente, por los reveses que los legisladores han encontrado en su camino, como por ejemplo las normas internas de procesos o procedimientos, en las distintas entidades públicas, y la franca decisión de no modificarlos en pro de una ley única, que deba reverlos y conjugarlos en un solo instrumento.

El tratadista ecuatoriano Efraín Pérez señaló que el Congreso Constituyente de 1830, que estableció el Estado del Ecuador y dictó su primera Ley Fundamental, se remitió a la legislación colombiana

de 1825 y, en particular, a la Ley de Régimen Político de los Departamentos, en cuanto a la organización administrativa se refería y que a la fecha se aplicaba en la Gran Colombia, de la cual, el territorio ecuatoriano formó parte hasta su independencia.

La *Ley sobre Organización y Régimen Político y Económico de los Departamentos y Provincias*, implementada en Ecuador, rezaba, tal como lo hacía a su vez la ley colombiana, que “[...] siendo pocas las variaciones que ha hecho en lo concerniente al régimen, ó gobierno interior de las provincias de su distrito, i habiendo manifestado la experiencia que las innovaciones y la multiplicidad de leyes reglamentarias solo causan confusión, inquietud i disgusto de los pueblos [...]” (Pérez 2009, 32).

Aquí aparece quizás la primera nota referente al deseo de los legisladores, a la época, de mermar cualquier posibilidad de dispersión normativa, porque la múltiple reglamentación genera confusión en los ciudadanos.

Pérez, en su ulterior reflexión sobre la época y la carencia nacional de una identidad socio jurídica propia, pues el Ecuador apenas nacía como República independiente, concluye que posiblemente se pensó que la *Ley de Régimen Político de los Departamentos* encajaría perfectamente en la sociedad naciente. Sin embargo, dicha imposición puede haber tenido relación con el hecho de que los ecuatorianos no hayan marcado y construido su propia historia en materia administrativa.

Recién en el año de 1843, el Ecuador contó por vez primera con una ley administrativa –con pocas variaciones– que mantuvo a los gobernadores, estableció un concejo provincial para asistirlos, y designó a corregidores y tenientes parroquiales para los cantones y parroquias (Pérez 2009, 3).

Para el académico ecuatoriano Marco Morales, el Derecho Administrativo nace con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de Gran Bretaña y de la Revolución Francesa, como un medio para poner límites al poder monárquico (Morales 2011, 1)

El Derecho Administrativo es, en efecto, un límite legítimo al poder, una herramienta para evitar la arbitrariedad y el totalitarismo de los gobiernos, y se traduce en una rama del Derecho Público que protege a los ciudadanos frente a la Administración Pública.

LA NECESIDAD DE CODIFICAR LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA

El concepto de código ha cambiado con el tiempo. Miguel Marienhoff recuerda que el código antiguo tenía un carácter general, pues abarcaba la totalidad del derecho; mientras que, en la actualidad, el código moderno comprende una rama determinada del derecho, o una parte de esa rama (Marienhoff 1964, 333). Una de las ventajas que tiene la codificación es que facilita el conocimiento y la aplicación del derecho y permite obtener de él ciertos principios generales, que sirven de base para la orientación jurídica del pueblo.

El Derecho Público regula las relaciones entre el Estado y los particulares, y abarca, así, a la rama del Derecho Administrativo, que engloba la regulación del ejercicio de la Función Administrativa, y la protección judicial del administrado. El Derecho Privado regula las relaciones entre particulares, fundamentalmente en lo referente a su patrimonio.

El Derecho Público está compuesto de un sinnúmero de códigos y leyes que regulan situaciones específicas, por ej., la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, el Código Orgánico Monetario y Financiero, etc., y esta realidad, para cierto sector de la doctrina, hace que la codificación sea imposible, por la abundancia y amplitud de la materia.

El Derecho Privado está compuesto básicamente por dos Códigos, el Civil y el de Comercio.

Marienhoff señala que, entre las desventajas de la codificación, se encuentra que *“algunas veces el derecho, concentrado en códigos queda estancado, en tanto que las transformaciones sociales exigirían una transformación*

paralela de las reglas jurídicas” (Marienhoff 1964, 333), es decir, lograr una codificación concatenada y sistematizada de la normativa administrativa –al estilo del Derecho Privado– sería casi imposible, que implicaría olvidar los cambios que se presentan en las relaciones que regula el Derecho Administrativo.

Si bien la compilación de toda la actividad de la AP en un único texto puede constituir un reto lleno de dificultades. Con todo, dados los distintos objetivos de cada cuerpo legal particular y la complejidad de reducir los fines públicos, no es menos cierto que la ausencia de un desarrollo normativo de los principios que rigen a la AP, así como la falta de un procedimiento administrativo que es un problema común para todos los órganos que conforman el sector público, exigen plantear una alternativa real de codificación.

Aquí, nos referiremos solo a la facultad con que cuentan las distintas instituciones públicas –de mayor o menor jerarquía, centralizadas, descentralizadas o desconcentradas, provinciales o municipales– para emitir su propia reglamentación.¹

Si bien la ley no nace con la intención de generar caminos que evadan los controles, la excesiva reglamentación puede generar este problema, dado que las distintas instituciones públicas ecuatorianas han logrado, con su reglamentación propia, construir figuras jurídicas que las han alejado de los controles y garantías del procedimiento administrativo, y que han vulnerado reiteradamente el derecho constitucional a la seguridad jurídica:

“Art. 82.– El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (CRE, Art 82, 2008).

¹ “Art. 7.– Marco normativo general.– Para regular el funcionamiento del sistema, la Contraloría General del Estado adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda.

1.- Normas de control interno [...]

2.- Políticas de auditoría gubernamental;

3.- Normas de control y fiscalización sobre el sector público [...]

4.- Normas de auditoría gubernamental [...]

5.- Reglamentos, regulaciones, manuales generales y especializados, guías metodológicas, instructivos y más disposiciones necesarias para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades.

En el marco de las normas, políticas, regulaciones, reglamentos, disposiciones y más instrumentos indicados, cada institución del Estado, cuando considere necesario, dictará las normas, las políticas y los manuales específicos para el control de las operaciones a su cargo. La Contraloría General del Estado verificará la pertinencia y la correcta aplicación de las mismas.”

El derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República, está fundamentado en el respeto a la Constitución, y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por la autoridad competente, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias.

Se trata de un derecho que permite crear un ámbito de certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues su función es la de garantizar a las personas que toda actuación pública se realizará de acuerdo con la Constitución, así como con la normativa previamente establecida, que será aplicada por parte de las autoridades competentes: *“Esta garantía constitucional debe ser entendida, por tanto, como uno de los deberes fundamentales del Estado y, en consecuencia, corresponde a los jueces brindar, en todo momento, la certeza al ciudadano respecto de las actuaciones que, en derecho, se efectúan en cada momento procesal”* (Corte Constitucional del Ecuador, 2014).

La dispersión normativa ha ocasionado, en el Ecuador, una vulneración a la seguridad jurídica, porque promueve incertidumbre y desconfianza frente a las actuaciones de la AP, en la medida en que existen disposiciones de ciertos reglamentos que contrarían la propia ley. A modo de ejemplo, se puede traer a colación la Resolución RPC-SO-21-N.º244-2015, dictada por el Consejo de Educación Superior, CES; mediante la cual se dictó el *Reglamento de Sanciones*, cuyo objeto es: regular la potestad sancionadora del Consejo, reglamentar las infracciones, establecer las sanciones aplicables por su cometimiento cuando la responsabilidad sea atribuida a las Instituciones de Educación Superior (IES) y/o a sus máximas autoridades, etc. Este último asunto, en rigor, contravendría el artículo 132 de la Constitución de la República, conforme al cual se establece la reserva de ley, pues las infracciones y sanciones correspondientes solo podrían establecerse mediante la ley:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes (C.R.E, Art.132).

En el mes de diciembre de 2015, el asambleísta Vethowen Chica Arévalo, presentó a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, el proyecto de Código Orgánico Administrativo (COA), con el objetivo principal de buscar la homogeneización de la normativa administrativa dictada en el ámbito público ecuatoriano, en pro de un procedimiento administrativo único y eficiente.

Con fecha 09 de agosto de 2016, la Comisión, tras conocer, analizar el proyecto y debatir sobre él, aprobó por unanimidad el informe para primer debate, y lo envió al Pleno de la Asamblea. El primer debate del COA en el Pleno tuvo lugar los días 25 y 30 de agosto de 2016; y se discutió en segundo debate el 5 y 19 de enero de 2017; se aprobó el 10 de mayo de 2017; y, la Asamblea Nacional se pronunció sobre la objeción parcial del ex Presidente Constitucional de la República el 20 de junio de 2018. Finalmente, se publicó en el Registro Oficial Segundo Suplemento N° 31, el 7 de julio de 2017. A modo de conclusión, la idea del Código Orgánico Administrativo no consiste, entonces, en regular toda la materia administrativa; sino que, con este, se busca unificar los asuntos fundamentales que encarnan la base del actuar administrativo, y que constituyen, en palabras de Miguel Marienhoff, un todo orgánico de vigencia constante. En nuestro caso nos referimos, por ej., a los principios, al procedimiento administrativo y a la responsabilidad extracontractual del Estado.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La versión inicial del proyecto de Código Orgánico Administrativo estaba estructurada por cuatro libros, 1) Las Personas y la Administración Pública, 2) El Procedimiento Administrativo, 3) Procedimientos especiales, y 4) Responsabilidad extracontractual del Estado.

Lo primero que hizo la Comisión fue incluir un Libro Preliminar de Normas Rectoras, que, entre otras cuestiones, incorpora los principios que regirán la AP, desarrollados previamente tanto por la doctrina como por el Derecho europeo.

En atención a que el artículo 227 de la Constitución, por una parte, establece que la AP constituye un servicio a la colectividad y, por otra, determina los principios que la regirán, más no los desarrolla; el libro preliminar antedicho hace un trabajo de profundización sobre el contenido de cada uno de ellos, porque se trata de una fuente del Derecho en general. Por su parte, la Constitución Política de Colombia, señala en su artículo 209, al referirse a la función administrativa, que *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”* (C.P.C. Art.209).

En igual sentido, el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 señala que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*

Para el autor Patricio Secaira los principios de una disciplina son los presupuestos lógicos que –escritos o no– ponen de manifiesto el alcance de las instituciones; en el caso presente, de las instituciones jurídico administrativas. Los principios son anteriores a la ley, nacen de la actividad social, de las convenciones sociales, y su aplicación debe fungir como una barrera de protección para los administrados, frente a los abusos y la arbitrariedad legislativa, administrativa y judicial (Secaira, 2004).

Para Diego Younes, abogado y sociólogo colombiano, los principios del Derecho Administrativo *“constituyen una importantísima fuente del derecho, y por supuesto del derecho administrativo”*, y también se refiere a la actual y trascendente *“princiología del derecho administrativo”* (Younes, 2007).

Es más, en virtud del objeto de estudio del derecho administrativo, que es el ejercicio de la función administrativa, no todos los principios del Derecho son de aplicación en el derecho administrativo. Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar señalan que *“no todos los principios generales recibidos por el Derecho privado tienen perfecta cabida en el Derecho público. Si bien muchos de ellos son perfectamente aplicables, otros no los en modo alguno. De igual modo, hay principios*

generales del Derecho público difícilmente exigibles al comportamiento de los particulares, como el principio de proporcionalidad” (Ribero y Granda 2017, 59).

La incorporación de principios rectores en materia administrativa es, pues, un compromiso legislativo, que evitará redundancias jurídicas como las que aparecen a continuación:

“Para la aplicación de esta Ley [Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública] y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (LOSNEP, Art 4, 2008).

“El ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los siguientes principios: a) Unidad [...] b) Solidaridad [...] c) Coordinación y corresponsabilidad [...] d) Subsidiariedad [...] e) Complementariedad [...]” (COOTAD, Art 3, 2010).

Estos ejemplos nos permiten concluir que los principios que rigen la aplicación de estas leyes son transversales, y deberán observarse no porque se hallen tipificados y repetidos en cada ley administrativa, sino por su naturaleza misma, y porque ya han sido establecidos en la Ley Suprema.

En base a las consideraciones antedichas, el Libro I Normas Rectoras del COA desarrolla los principios que rigen a la AP, y que han sido contemplados en la Constitución de la República –así como otros principios recogidos del Derecho Administrativo actual– y los categoriza del modo siguiente:

Capítulo I. Principios generales: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, evaluación, juridicidad, responsabilidad, proporcionalidad y buena fe.

Capítulo II. Principios de la Actividad Administrativa en relación con las personas: interdicción de la arbitrariedad, imparcialidad e independencia, control, ética y probidad, seguridad jurídica y confianza legítima, racionalidad y protección de la intimidad.

Capítulo III. Principios de las relaciones entre administraciones públicas: lealtad institucional, corresponsabilidad y complementariedad, subsidiariedad, colaboración.

Capítulo IV. Principios del procedimiento administrativo: tipicidad e irretroactividad

Los principios mencionados tienen la calidad de informadores e interpretativos, adquieren un valor trascendental en la aplicación de las disposiciones contenidas en el COA, y cumplen, además, con la función de limitar la actuación administrativa y asegurar el cumplimiento de los derechos de las personas.

LA REGULACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL COA

Según el profesor argentino Carlos Balbín, el procedimiento es un modo de elaboración de las decisiones estatales, y constituye, a su vez, un límite al ejercicio del poder estatal.

Por su parte, el profesor Agustín Gordillo, también de nacionalidad argentina, define al procedimiento administrativo como “[...] *la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.*” (Gordillo 2010, 396)

Para Marco Morales, en cambio, el procedimiento administrativo contempla la actividad a la cual el ordenamiento jurídico ha conferido previamente efectos

determinados, y que es coordinada con miras a un fin. En el ámbito jurídico administrativo, dicha actividad está compuesta por una sucesión de actos concatenados y yuxtapuestos, orientados a garantizar al ciudadano la vigencia de sus intereses legítimos: “[...] *es lo que se denomina también Justicia Administrativa o Procedimiento Administrativo.*” (Morales 2011, 86).

En rigor, el procedimiento administrativo consiste en el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa, una vez que se ha accedido al logro de un fin irrenunciable y a la consecuente satisfacción del interés general.

Ahora, aclaremos la diferencia entre los términos procedimiento y proceso, pues suelen confundirse entre sí:

Cuadro N.º1: Diferencias entre procedimiento y proceso

Procedimiento	Proceso
El órgano que resuelve el conflicto es el poder Ejecutivo	El órgano que resuelve el conflicto es un tercero imparcial e independiente llamado juez
La decisión administrativa puede ser revisada por un juez	La decisión legal tiene carácter definitivo.

El proceso tiene relación con el ámbito judicial, que es, por antonomasia, rígido, formal, y perentorio; mientras que el procedimiento tiene relación con el ámbito administrativo, que es más flexible, exige menos formalismos y compromete –en palabras de Efraín Pérez– a los servidores públicos en el despacho de los asuntos a su cargo, sea en las dependencias del Estado o en sus entidades.

El procedimiento administrativo tiene como finalidad el garantizar los derechos de las personas que mantienen una relación con el Estado. A través de él, las

personas buscan, por un lado, hacer valer sus derechos –mediante el cumplimiento del debido proceso reconocido en la Constitución– y, por otro, cerciorarse de la legitimidad, racionalidad, acierto y eficacia de las resoluciones estatales que les competen. En este sentido, Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar, han señalado que “*Dialécticamente suele presentarse en doble faz el procedimiento administrativo: por un lado, incrementaría la eficacia; por otro, garantizaría la posibilidad de defensa de derechos. Sin la maquinaria procedimental, la Administración en ocasiones no podría pronunciarse; sin la oportunidad de defensa del*

procedimiento, algunos derechos podrían verse gravemente dañados” (Ribero y Granda 2017, 169).

En la misma línea, y toda vez que el procedimiento administrativo tiene relación directa con las garantías básicas del derecho al debido proceso, definido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, el legislador decidió dedicar el Libro II del COA a regular el procedimiento administrativo. Según el profesor Balbín, el órgano competente para regular este procedimiento es el Poder Legislativo (Balbín, 2011).

En este orden de ideas, uno de los objetivos fundamentales del COA es unificar y simplificar el procedimiento administrativo en la AP, que garantice no solo la seguridad jurídica y el interés general, sino, sobre todo, el respeto al debido proceso y el derecho de las personas a la defensa.

Como es de suponer, las reglas del procedimiento administrativo son una pieza fundamental en el ámbito de la mejora de la gestión pública, pues ellas simplifican su tramitación, pues generan mayor eficacia y eficiencia del sector público y, como consecuencia, benefician directamente a las personas.

Las reglas contenidas en el Libro II del COA se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en la medida en que no afecten a las normas especiales que rigen su provisión. Sin embargo, estas reglas no serán aplicables cuando se trate de procedimientos derivados del control de recursos públicos y cuando se refieran a procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución coactiva que están regulados en el Libro III, de conformidad con el párrafo final del artículo 134 del COA.

La dirección, instrucción, impulso y resolución del procedimiento administrativo están confiados a la administración pública correspondiente y su inicio puede ser de oficio o a solicitud de la persona interesada. En el primer caso, mediante una decisión del órgano competente, bien por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos administrativos o por denuncia, en los términos previsto en los artículos 184 y siguientes del COA. Por ej., la legislación española señala que el procedimiento administrativo inicia, de oficio, por la

Administración pública competente, a instancia ya sea de la persona interesada ya de una parte no interesada.

El COA prevé la posibilidad de que, antes de iniciar el procedimiento administrativo, las administraciones públicas realicen las actuaciones previas encaminadas a conocer las circunstancias del caso concreto, que permitan decidir la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. El artículo 176 del COA determina los casos en que proceden las actuaciones previas:

“Art. 176.– Procedencia. En los procedimientos administrativos destinados a determinar responsabilidades de los interesados, incluso el sancionador, las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros” (COA, art 175, 2018).

El *sentido* de las actuaciones previas es determinar si resulta conveniente o no iniciar un procedimiento administrativo y, para hacerlo, se deberá advertir, entre otros asuntos, la competencia del órgano administrativo.

El tratadista David Blanquer Criado pone de manifiesto una serie de preocupaciones sobre la experiencia práctica de las actuaciones previas al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de oct., del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“La experiencia práctica permite comprobar, que sobre todo en los expedientes sancionadores, con alguna frecuencia se utiliza esa fase para crear un periodo de tiempo sin garantías para el interesado, y que además retrasa el inicio del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento, o de prescripción de la infracción sancionable. Como durante el desarrollo de las actuaciones previas del artículo 55 de la LPAC 39/2015, todavía no hay en rigor un auténtico procedimiento, en esa fase anterior no rigen las garantías del carácter contradictorio y de la audiencia al interesado que son propias de la tramitación formal de un expediente; no tiene derecho a presenciarlas actuaciones que se realicen; tampoco a que se le informe sobre las irregularidades que se le imputan (y que pudieran motivar la incoación de

un procedimiento administrativo o un expediente sancionador). Como en rigor tampoco hay un acto administrativo, tampoco hay nada que notificar. En definitiva, se trata de una fase burocrática opaca y sin garantías, que se sitúa de espaldas al Estado de Derecho.” (Blanquer 205, 422).

Es imperativo, entonces, es que nuestra administración pública comprenda el alcance y función que tienen las actuaciones previas; es decir, determinar la conveniencia o no de iniciar un procedimiento administrativo, mas no la de emitir una resolución, que en estos casos implicaría una violación al derecho de defensa y al debido proceso.

Este procedimiento administrativo contiene, como novedad, la eliminación de la discusión latente entre el cumplimiento de plazos o términos, que en más de una ocasión dejó a las personas indefensas. La eliminación de plazo garantiza a las personas el acceso sin obstáculos a los órganos de la AP.

En relación con la prueba dentro del procedimiento administrativo, Balbín ha señalada que “[...] son las herramientas de que intentan valerse las partes para sustentar sus pretensiones y derechos” (Balbín 2011, 518).

En cualquier procedimiento, la prueba es un elemento fundamental para facilitar la averiguación de los hechos; en el procedimiento administrativo, permite a la persona interesada utilizar todos los medios legales con los que desvirtuar los cargos que la AP le impute.

Según David Blanquer Criado, *“la regulación de la carga de la prueba se orienta a establecer las consecuencias jurídicas de la insuficiente acreditación de los hechos controvertidos (o la falta verosimilitud de los medios de prueba practicados en el procedimiento)”* (Blanquer 2015, 441). La carga de la prueba estimula la actividad probatoria; porque está situada en aquel sujeto que más beneficios puede obtener y más perjuicios puede evitar, debido a la falta de convicción sobre la existencia de un hecho controvertido. En ese sentido, el artículo 195 del COA señala que *“La prueba se referirá a los hechos controvertidos”* Ahora bien, consideramos que surgen las siguientes interrogantes: ¿A quién le corresponde la carga de la prueba? ¿En función de qué se distribuye la carga de la prueba?

En este punto, cabe recordar la regla general del derecho procesal, que radica en que “quien alega tiene la obligación de probar”. Y, en relación con la distribución de la carga, el mismo David Blanquer señala que *“el factor determinante de la distribución de la carga de la prueba es el interés jurídicamente tutelado y su adecuada satisfacción”* (Blanquer 2015, 441).

Sobre la carga de la prueba regulada en el COA, la regla general es que la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada. Pero si, en el procedimiento administrativo, la situación jurídica de la persona interesada pueda verse agravada con la resolución de la administración pública, en particular cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública.

Por ende, la *carga de la prueba* le compete a la administración pública cuando, con ella, se limita el derecho de los ciudadanos; mientras que les corresponde más bien a las personas interesadas cuando, al recurrir a ella, estas ejercen potestades que les benefician.

Y si partimos de que el procedimiento administrativo es más flexible en comparación con el proceso judicial, la oportunidad para producir la prueba –cuya función principal es que la persona interesada pueda descargar las posibles responsabilidades que le hubieren sido imputadas por la AP– no se agota en un momento único.

La persona interesada podrá acompañar la prueba en su primera comparecencia al procedimiento administrativo. Además, podrá incorporar nuevas pruebas cuando la Administración ordene la apertura a prueba y fije el término respectivo; y, finalmente, siempre se podrá solicitar la inclusión de pruebas no anunciadas hasta antes de la resolución por parte del órgano competente; pero, en este caso puntual, su aceptación dependerá de la decisión del órgano competente.

Los hechos sobre los que se fundamenta la decisión en un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, con excepción de la declaración de parte de los servidores públicos.

Es importante destacar también que, frente a las resoluciones emitidas por la AP, la persona mantiene el derecho de impugnación, y podrá, por tanto, recurrir

las decisiones dictadas por los órganos y entidades del sector público a partir de su notificación, que, en palabras del profesor Balbín, ocurre cuando se da “el conocimiento de determinadas piezas o actuaciones de modo

de cierto y fehaciente en el marco del procedimiento, dando certeza de que el particular conoce el contenido del acto que es objeto de notificación y cuál es la fecha de tal comunicación” (Balbín 2011, 348).

CONCLUSIONES

Es imperativo entender a la Administración pública como un servicio a la colectividad y, a su vez, comprender que los administrados han dejado de ser simples destinatarios de decisiones estatales y que se han convertido en verdaderos partícipes en la formulación de políticas públicas. El COA busca destacar la centralidad del ser humano y de los derechos fundamentales como eje para comprender el sentido de la Administración pública, es decir, que esta tiene sentido por la existencia del ser humano y no al revés.

El COA no pretende codificar toda la materia administrativa. Este nuevo cuerpo normativo busca dotar de seguridad jurídica a las relaciones entre el administrado y la Administración pública desde el punto de vista del procedimiento administrativo, entre otros. Es adecuado contar con un solo procedimiento adminis-

trativo en todas las Administración públicas sean estas centralizadas, desconcentradas o descentralizadas para seguridad y certeza del ejercicio plenos de los derechos fundamentales de los administrados.

Es importante destacar el esfuerzo del legislador al momento de desarrollar los principios que rige a la Administración pública en su quehacer diario. Esfuerzo que no se limitó al tratamiento de aquellos principios que se encuentran previstos en el artículo 227 de la Constitución de la República sino de otros principios del derecho administrativo moderno: confianza legítima, lealtad institucional, interdicción de la arbitrariedad, entre otros. Finalmente, es necesario que tanto Administración pública como los administrados estén atentos del impacto del COA en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Balbín, Carlos. 2011. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Blanquer, D. 2015. *Introducción del Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gordillo, A. 2010. *Tratado de Derecho Administrativo. El Procedimiento Administrativo* (Tomo 4). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Marienhoff, M. 1964. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Morales, M. 2011. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Moreno, D. 2007. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Ed. Temis.
- Parejo, L. 2011. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez, E. 2009. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Real Academia de la Lengua Española. 2014. *Diccionario de la Lengua Española*, 23.^a ed., Real Academia de la Lengua Española.
- Ribero, R y Granda. 2017. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación Editorial Nacional.
- Secaira, P. 2004. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Ed. Universitaria.
- ### Legislaciones
- C.R.E véase en, Constitución de la República del Ecuador. 2008
- LOSNCP ver en, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395, de 4-ago.-2008.
- COA ver en, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial Segundo Suplemento 31, de 7 de julio de 2017.
- COOT ver en Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento 303, de 19-X-2010.
- CE, Constitución Española. Boletín Oficial del Estado N.º 311, de 29-XII-1978.
- CPC ver en, Constitución Política de Colombia
- ### Jurisprudencia
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 031-14-SEP-CC, caso N.º 0868-10-EP.