

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

**EL ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA
TRIBUTARIA**

QUITO 2005

*A Hernán Salgado Pesantes
A Armando Serrano Puig
Con gratitud y afecto*

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	2
NOTA PRELIMINAR.....	3
PRÓLOGO	4
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO PRIMERO.....	8
ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	8
1.- Delimitación del concepto de acto administrativo.	8
2.- Actos administrativos unilaterales y consensuales: especial referencia al derecho de participación del ciudadano y su incidencia en la formación de los actos de la Administración Pública.	18
3) Requisitos sustanciales de los actos administrativos.-	36
3.1.- Elementos subjetivos.....	36
3.1.1) Competencia e investidura del titular.....	36
3.2.- Elementos objetivos.	38
3.3. Elementos formales. Forma y procedimiento.....	42
4. Invalidez del acto administrativo.-	44
5.- Eficacia del acto administrativo.	48
CAPITULO SEGUNDO	51
ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA TRIBUTARIA	51
1.- Vinculación del Derecho Tributario con el Derecho Administrativo.	51
2.- Las facultades de la Administración Tributaria.	54
3.- Actos administrativos en particular.....	55
3.1.- De determinación y liquidación de la obligación tributaria.....	55
3.2.- De ejecución de créditos tributarios y multas.	59
3.3.- De sanción.	62
3.4.- De resolución.....	63
3.5.- De absolución de consulta.....	66
4.- Fundamentos de la aplicación del acto administrativo consensual en materia tributaria.	69
5.- El silencio administrativo en materia tributaria.	72
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	92

NOTA PRELIMINAR

El texto original de este libro fue realizado para la obtención del título de Magíster en el Programa de Maestría en Derecho, con mención en Derecho Tributario, de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en el año de 2004. Dicho trabajo fue elaborado con la acertada dirección del doctor José Vicente Troya Jaramillo. El autor, de antemano, quiere expresar su inconmensurable agradecimiento a tan prestigiosa institución académica de post grado, a quien debe innumerables realizaciones personales y profesionales. De igual manera, expresa el respetuoso reconocimiento y gratitud a quien fue su Director, connotado representante del Derecho Tributario ecuatoriano, por la sugerencia del tema y del contenido académico del trabajo que se publica. Así mismo, el autor quiere manifestar su agradecimiento al doctor Rafael Oyarte Martínez, entrañable amigo y colega, quien supo prestar sus valiosas recomendaciones metodológicas para hacer posible un desarrollo ordenado y sistemático del tema.

En el presente trabajo, a partir del concepto y régimen general del acto administrativo, se pretende identificar, en atención a la singularidad del fenómeno jurídico tributario y de las facultades de la Administración Tributaria, cuáles actos son específicos de dicha materia particular.

Los objetivos específicos que este estudio pretende son los siguientes:

- Determinar, desde la perspectiva de las facultades de la Administración Tributaria, los actos administrativos específicos de la misma.
- Estudiar los actos administrativos que se producen en ejercicio de las facultades tributarias.
- Determinar las particularidades del régimen jurídico aplicable a los actos administrativos de la Administración Tributaria.

El estudio planteado, se desarrolla en dos capítulos. En el primero, intitulado “Elementos doctrinarios del acto administrativo”, se brinda un panorama doctrinario general sobre el régimen jurídico de dicha figura. En este capítulo, se formula una delimitación del concepto de acto administrativo, se estudian los fundamentos de los modernos planteamientos de la participación ciudadana en la toma de decisiones de la Administración Pública, se analizan los requisitos sustanciales de los actos y el régimen de eficacia e invalidez. En el segundo capítulo, se aborda el tema de los actos administrativos tributarios, para lo cual se definen previamente las vinculaciones que existen entre el Derecho Tributario y el Derecho Administrativo, para luego estudiar los actos administrativos en particular. Este capítulo termina con un examen del silencio administrativo.

PRÓLOGO

Me ha solicitado Juan Carlos Benalcázar Guerrón, que prologue su más reciente creación jurídica, titulada *EL ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA*, distinción que me ha permitido refrescar y recrear el conocimiento de temas que a veces nos parecen cotidianos y que por lo mismo tenemos una opinión formada sobre los mismos.

En su obra el autor, con buen uso del léxico jurídico, hace un profundo y novedoso estudio, de lo que siempre señalo como la piedra angular del conocimiento del Derecho Administrativo, cual es el instituto del acto administrativo. No se puede comprender a cabalidad a la administración pública en su contexto y contenido, si no se tienen buenas bases en el conocimiento del acto administrativo.

Juan Carlos Benalcázar, logra con gran facilidad hacer una retrospectiva de los añejos conceptos y definiciones del acto administrativo, así como la visión de dicho instituto en el entorno de la crisis del Derecho Administrativo, para ubicarnos al fin con total destreza en el retorno, ratificación, remozamiento y fortalecimiento del Derecho Administrativo, a partir de nuevas tesis que informan en los tiempos actuales el conocimiento de los publicistas. En mi modo de ver, este constituye si se quiere el gran mérito del autor de la obra, sin restar en lo más mínimo el valor de la misma en su totalidad.

No deja el investigador, para sustentar sus asertos en recurrir a pertinentes citas, algo como ciento noventa, de los textos normativos, de jurisprudencia y del derecho comparado, lo que hace que su trabajo cuente con un gran soporte científico jurídico que avaliza su creación.

En la obra se insiste en el manejo de criterios actuales, así elabora conceptos fundado en los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, pues en sus alocuciones no deja de tener presente los contenidos de la juridicidad, el control, la responsabilidad, la democracia, los valores de lo ético, el bien común y la modernidad.

El desarrollo metodológico de la obra, me parece de lo más adecuado pues tanto para el erudito del Derecho Administrativo o del Tributario, le brinda la posibilidad de acercarse de forma muy ágil a cualquier tema que sea de su interés concreto y al novel en el conocimiento jurídico y sobre todo al estudiante, le explica con claridad meridiana el porque, el que y el como de cada uno de los temas que aborda.

Divide a la obra en dos grandes capítulos, en el primero de ellos disecciona al acto administrativo, en la línea descrita anteriormente, así por ejemplo sostiene que la declaración de la voluntad, no corresponde de forma autónoma a la autoridad y que la formación del mismo responde a los principios más desarrollados de la juridicidad, siendo que la voluntad es heterónoma, esto es no es autónoma y por tanto su formación responde a situaciones que están fuera del libre alcance de la autoridad, debiendo someterse la misma a situaciones de legitimidad, como son la motivación o causa, la competencia, el contenido, el objeto y la forma; señala el autor con acierto que aún en los actos discrecionales, la autoridad debe ceñir su conducta a los términos de la legitimidad del acto.

Luego de definir los caracteres del acto administrativo, realiza un examen de sus requisitos y hace desde la visión actual, tomando como punto de partida los contenidos constitucionales, un versado análisis sobre la inexistencia del acto, sus vicios, su invalidez, anulabilidad y nulidad, para concluir con el estudio de los efectos del acto, su eficacia, el perfeccionamiento del mismo, el acto definitivo, el acto firme y muchos otros temas.

En el capítulo segundo se refiere a los actos administrativos en materia tributaria, inicia el estudio haciendo un parangón entre las concepciones del Derecho Administrativo y el Derecho Tributaria, asigna a estas dos ramas el carácter autónomo de cada una de ellas, sin dejar de anotar las claras y estrechas relaciones que existen entre las dos materias, para lo que se vale de los criterios emitidos en el primer capítulo.

Pasa revista a las facultades de la organización tributaria, la estudia en base esencialmente de lo preceptuado en nuestro Código Tributario, desentraña todas y cada una de las competencias de modo sucinto y meridiano, sin equívocos y con gran precisión, lo que hace que su lectura resulte como a lo largo de toda la obra de fácil percepción.

Retoma al casi finalizar su obra la teoría del acto consensual, para recrear la materia tributaria, dentro de los cánones de la autonomía de voluntad del particular o administrado y la voluntad heterónoma del agente público, en el caso del administrador tributario, y señala sin ambages la necesidad de que la participación del administrado puede coadyuvar a eliminar los niveles de conflictividad y desengaño que tiene la colectividad, frente a decisiones unilaterales que en muchos casos están distanciados de la realidad política, económica, social y cultural. En nuestro criterio, el Ecuador requiere en materia tributaria –y en materia administrativa general- de técnicas participativas que eliminen el gran índice de conflictividad y rechazo que la ciudadanía tiene frente a las decisiones unilaterales, justamente, porque estas pugnan muchas veces con las realidades sociales. Junto con el autor y aprovechando de estas preciadas líneas, manifiesto que el legislador no debe dejar de mirar que la base de la tributación en un Estado que se precie de social y democrático y crea sujetarse a los principios de la juridicidad, es elemento redistribuidor de riqueza y de él, el gran don de la solidaridad humana.

Por último trata el fenómeno administrativo del silencio, tanto en su acepción positiva como negativa, debiendo anotar y relieves que hasta los días próximos a la impresión del texto, Juan Carlos Benalcázar como cultor de la ciencia jurídica, ha introducido en lo que respecta al silencio administrativo las últimas reformas que en los textos positivados del Ecuador se han hecho al respecto.

No puedo concluir este prólogo sin expresar que dada la calidad científica, la seriedad y responsabilidad con el que se ha trabajado esta obra, con la humildad que caracterizan mis actos, felicito al autor y le auguro éxitos en su vida jurídica, lo que dará lugar a que la bibliografía jurídica ecuatoriana se siga enriqueciendo.

Marco Morales Tobar

Quito, 4 de Agosto de 2005

INTRODUCCIÓN

El Derecho Tributario es una rama especializada de la Ciencia Jurídica que mantiene especiales vínculos con el Derecho Administrativo. El tributo requiere de una organización competente, dotada de facultades que permitan la realización inmediata y práctica de las leyes tributarias, a través de una gestión eficaz y eficiente.

La vinculación apuntada se muestra en la presencia de conceptos y figuras del Derecho Administrativo, como es el específico caso de los procedimientos y de los actos administrativos, los cuales se gobiernan por un régimen jurídico proveniente de dicha asignatura. No obstante, la realidad particular del tributo impone especialidades y especificidades a dichos conceptos y figuras.

El presente trabajo pretende identificar los actos administrativos que produce la Administración Tributaria, de conformidad con las facultades o potestades que le confiere el ordenamiento jurídico. De antemano cabe resaltar que algunas de esas facultades son comunes a toda Administración Pública, pero otras están conferidas en atención a la singularidad y particularidad que presenta el fenómeno tributario. Con todo, el tributo impone una forma *sui generis* de administrar, y de él proviene un régimen jurídico que gobierna a los procedimientos y actos administrativos.

En análisis que nos proponemos realizar, requiere de un previo estudio de los fundamentos doctrinarios del acto administrativo, planteado en términos generales y aplicables a toda materia. Con estos fundamentos, se tendrá una base suficiente para abordar el tema concreto de los actos administrativos que se producen en materia tributaria.

El tema de la presente tesis tiene presentes los nuevos planteamientos que la doctrina hace respecto del acto administrativo. Especial referencia se hará al derecho de participación del ciudadano en la toma de decisiones de la autoridad, cuyo ejercicio efectivo es una exigencia del Estado Social de Derecho. Esta necesidad de participación, como criterio de legitimidad y eficacia real de los actos administrativos, ha producido una reformulación de los conceptos en una tendencia hacia la Administración concertada y democrática, guiada por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, como componente central del concepto de bien común.

El estudio de todos los tópicos señalados se justifica por la necesidad de lograr una Administración Pública que satisfaga a cabalidad las implicaciones del principio fundamental de juridicidad, que está sumado de modo inseparable a los principios de eficacia y de eficiencia. En tiempos contemporáneos, es este conjunto de postulados dogmáticos, conjugados de modo sistemático, el que caracteriza a una recta y buena administración.

Nuestro análisis está enmarcado en la realidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para detectar sus aciertos y deficiencias. No obstante, el análisis de los diversos temas que componen este estudio no se limita a la mera glosa de la legislación vigente, sino que se

pretende trascender a planteamientos de carácter doctrinario sobre el alcance de los conceptos y sus implicaciones en aras de lograr soluciones que enfrenten los problemas que se identifican. Esperamos que todo ello sea un aporte para lograr lo que más interesa: la consecución del bien común en la expresión humanista del bien integral de la persona.

CAPÍTULO PRIMERO ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Delimitación del concepto de acto administrativo.

1.1.- Desde su misma denominación, el concepto de acto administrativo trae implícita una primera inquietud, en atención al calificativo “administrativo” que se apareja al sustantivo “acto”, y que se plantea en torno a la cuestión de la función, esfera o ámbito orgánico en que se produce. Conocemos que en el Estado de Derecho existe una separación de funciones (impropiamente denominada de “poderes”) cuyo ejercicio corresponde a órganos distintos.¹ Tenemos así una función legislativa, una ejecutiva y una judicial, que de conformidad con la Constitución, las ejercen órganos determinados, a saber, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales y juzgados, la Presidencia de la República, con sus dependencias y entidades adscritas. Desde un punto de vista estrictamente orgánico o subjetivo, la Administración Pública se incardina en los órganos de la Función Ejecutiva, y de igual forma, en las entidades del régimen seccional autónomo y en diversas personas jurídicas públicas, organismos estos en los cuales el acto administrativo –al ser distinto de los actos legislativos o jurisdiccionales- tendría su prototípico origen. Sin embargo, desde un punto de vista material, en atención a la naturaleza de las actividades, también puede producirse por los otros órganos que ejercen las demás funciones.

El órgano legislativo tiene su misión natural, que es dictar normas con carácter de ley. No obstante, se observa también que el ordenamiento le encomienda ciertos asuntos que no describen aspectos normativos, por ejemplo, la designación de funcionarios o la creación de universidades. En nada importa que esto pueda hacerse mediante instrumentos que tengan el ropaje formal de ley, si en atención a la naturaleza de las cosas observamos que tales “leyes” no tienen carácter normativo, sino que se concretan en actos de carácter particular, impropios y extraños a lo que constituye una genuina regla de derecho.²

¹ La Revolución Francesa planteó el mito de la separación absoluta y rígida de poderes, esquema en el cual los jueces no podían juzgar sobre los actos de la Administración, según el dogma *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración es lo mismo que administrar). Precisamente, el acto administrativo es producto de la legalidad revolucionaria, concretamente, del “recurso” contencioso-administrativo, por lo cual se dice que el origen del acto administrativo es procesal. Los actos administrativos se someten a conocimiento y control de la propia Administración, y se considera que al ejercer dicho control no juzga, sino que dicta un nuevo acto administrativo. Coexisten un contencioso-administrativo y un contencioso judicial, de modo que era menester definir cuáles actos son de la Administración y cuáles otros. La concepción contemporánea postula que el poder público es uno, pero existen varias funciones que cumple el Estado, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, en un ámbito de coordinación y mutuo control de los órganos a los cuales se les asigna la respectiva función. El propósito de evitar la arbitrariedad y el autoritarismo que resultaría del ejercicio concentrado del poder público, no se convierte en antagonismo, desvinculación o aislamiento de los órganos, sino en una determinación de competencias y facultades, y siempre en atención a un mismo fin último y superior: el bien común. Cfr. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 9ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, Pg. 140. En efecto, este es el fin de todas las instituciones del Estado y al cual sirve el poder público como medio, de modo que antes que aislamiento, debe haber mutuo control y coordinación. Es precisa en este punto la Constitución, que en el artículo 119 dispone: «Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común».

² Cfr. Recaredo Fernández de Velasco, *Op. Cit.*, Pgs. 111-118.

En lo que concierne a los órganos de la Función Judicial, constatamos que su función natural es administrar justicia y aplicar el derecho, pero se puede apreciar también que, en su esfera, tienen dependencias que organizan el personal, celebran contratos, designan notarios, diseñan su presupuesto, y en suma, se ocupan de cuestiones que no encuadran en aquella función específica.

De lo dicho podemos concluir que los diversos órganos constitucionales realizan una función natural, mas no se excluye la posibilidad de realizar otras actividades distintas, y precisamente en torno a ello, pueden dictar actos administrativos. El criterio orgánico o subjetivo es, por consiguiente, limitado en cuanto criterio de definición, de modo que es necesario atender también a la naturaleza de las actividades. Todos los órganos del poder público pueden emitir actos administrativos, aunque el grueso de los mismos provenga del Ejecutivo, de las entidades seccionales, y en fin, de otras entidades que no son jurisdiccionales o legislativas.

Puede verse que nuestros planteamientos observan a la Administración Pública desde dos perspectivas: objetiva y subjetiva, pero consideran a esta última limitada para concebir al fenómeno administrativo, ya que la Administración Pública puede estudiarse desde diversos puntos de vista no excluyentes entre sí. Desde una perspectiva subjetiva, la Administración Pública puede verse como una organización institucionalizada de entidades y órganos con cometidos y procedimientos específicos. Tenemos así a la Administración Central, a la Institucional,³ a la Seccional, a las diversas personas jurídicas públicas autónomas, a los regímenes especiales definidos por la Constitución, etcétera. Por otra parte, Administración Pública significa una actividad dirigida a la promoción de unos fines públicos, a la gestión con mira a los resultados, a la satisfacción de necesidades colectivas, al servicio del conglomerado humano.⁴ Esto distingue a la función administrativa de las otras funciones estatales, en virtud de un propósito, técnica y método propio, que se diseña en torno a una *realización inmediata y práctica* de los objetivos públicos,⁵ a diferencia del gobierno, de la legislación o de la administración de justicia, que atienden al bien común con otro tipo de actividad más mediata o con otro método y cauce de acción.⁶ El criterio subjetivo es

³ Sobre los órganos que integran la Administración Institucional, ver el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

⁴ Cfr. Ramón Martín Mateo, Op. Cit., Pgs. 25-28 y 65-67.

⁵ Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo I*, traducción de la 5ª edición italiana por Héctor Masnatta. Buenos Aires, Editorial Arayú, 1954, Pg. 22.

⁶ Agustín Gordillo, pese a detectar que actividad administrativa y actos administrativos pueden existir en diversos órganos y entidades, desconfía de una definición material de administración pública. El autor, refiriéndose a la doctrina italiana y transcribiendo varias definiciones, objeta al criterio material de administración indicando lo siguiente:

«[...] si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son imprecisos. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo concreto en casos individuales –oponiéndose así a la legislación (norma abstracta de tipo general) y a la jurisdicción (norma individual pero abstracta)-; más esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas (pues el reglamento es una norma abstracta de tipo general)». Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, 1ª edición colombiana, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, Pg. IX-9.

Sin embargo, consideramos que aquello que se califica como “cierta idea de administración” refleja definitivamente una diferencia sustancial con las otras funciones, la cual no puede dejar de considerarse en cualquier intento de definición, pues precisa cómo procede la Administración y la técnica que emplea en la atención de los asuntos públicos y en el servicio al bien común. Al afirmar que la función administrativa es

limitado, no ofrece una cabal comprensión del fenómeno de la actividad administrativa del Estado, pero ello no quiere decir que sea incorrecto plantearse una apreciación subjetiva de la Administración Pública, desde el momento en que queremos apreciar el fenómeno de la organización y las competencias. La Administración Pública puede verse, válidamente, desde *diversas perspectivas* a efectos de conocimiento científico. Consideramos que es un error el apreciar las cosas desde una sola perspectiva excluyente de la otra, sin combinar ambas, pues bien puede aludirse a la Administración Pública en sentido subjetivo, si lo que se estudia es el aspecto organizacional y los sujetos a los que el ordenamiento jurídico confía, por antonomasia, la actividad administrativa. Pero también se puede utilizar el concepto de Administración pública, si lo que se analiza es una función, una actividad que se desarrolla para alcanzar el bien común. Lo cierto es que administrar la cosa pública implica una actividad determinada y perfectamente distinguible, pero esa actividad siempre requiere una organización con ese cometido específico y con unas facultades para su realización, y esta organización no se explica sin esa actividad específica.

1.2.- Los órganos administrativos, en el desempeño de la función administrativa, realizan diversos actos de distinta naturaleza y características. Pueden dictar normas jurídicas en virtud de la facultad reglamentaria, también celebran contratos, o dictan resoluciones o disposiciones sobre casos particulares, para luego ejecutar lo decidido mediante actos

inmediata y práctica, se alude a aquella gestión y promoción que busca traducir en los hechos y en la debida realización los que el Estado y otros entes públicos tienen como fin, a diferencia de la legislación y la jurisdicción que no atienden a los cometidos públicos con ese método (o modo de proceder) específico. Por ejemplo, si el control de los bancos comporta un interés general en torno al bien común, el legislador sabrá establecer leyes sobre la materia, el juez conocerá, en forma de juicio, de la conformidad o no conformidad de las actuaciones particulares respecto de dichas leyes, y la administración deberá realizar *la gestión inmediata y práctica* que lleve a los hechos ese control para satisfacer la necesidad pública que implica, según las disposiciones de la ley y el interés general en ella definido. En esto se ve justamente lo que comporta la administración de las cosas que interesan a lo *público*. En cuanto a invocación a la facultad reglamentaria y al reglamento, podríamos decir que si bien es indiscutible que representan una actividad de la Administración para la creación de normas jurídicas que se integran en el ordenamiento, no existe equiparación con la actividad del legislador ni con la ley, pues la facultad reglamentaria tiene su explicación propia y un ámbito delimitado. Como destaca Francisco Tinajero Villamar:

«La potestad reglamentaria de la administración se justifica [...] no por una delegación legislativa, pues ésta ocurre más bien con la presencia de órganos legislativos de excepción; se justifica jurídicamente la potestad reglamentaria por la necesidad de la presencia de normas movibles, flexibles, no de la rigidez de la Ley, susceptibles de fácil reforma y actualización, que emanen de un criterio técnico, no circunstancial, que suponga la realización de la amplia discrecionalidad típica de la administración pública, para la solución de asuntos que son de su competencia». Francisco Tinajero Villamar, “La potestad reglamentaria”, *La reforma de la Constitución*, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988, Pg. 128.

En nada obsta al concepto de función administrativa, en cuanto actividad inmediata y práctica, la presencia de la facultad reglamentaria, pues el reglamento, precisamente, se dicta para facilitar la actividad administrativa y en función de la misma. Esto determina el distinto régimen jurídico al que se somete el reglamento y las reservas normativas que tiene, pues se circunscribe a lo administrativo. La ley, en cambio, puede regular cualquier ámbito de las relaciones humanas, mientras que la materia del reglamento se circunscribe a aquello en lo que tiene competencia la administración y en relación con los asuntos en los que se puede identificar un cometido público que cumplir en los hechos. Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 5ª edición Madrid, Civitas, 1989, Pgs. 215-218. ¿Acaso puede concebirse que exista un reglamento que regule, sin más, el enriquecimiento sin causa, la sucesión por causa de muerte o el contrato de compraventa mercantil? Por lo demás, si bien puede suceder que el ordenamiento jurídico asigne una competencia normativa a la Administración o a la Función Ejecutiva (verbigracia, la legislación delegada), consideramos que ello no se explica por razones de naturaleza administrativa, sino por elementos de colaboración legislativa o como producto de las facultades que derivan de la organización política.

materiales. Toda esta actividad tiene trascendencia jurídica, pero cada manifestación de actividad tiene perfiles diferentes y se somete a un régimen distinto.

Una primera diferenciación de las manifestaciones de actividad enunciadas, puede hacerse separando la actividad jurídica de los hechos jurídicos. La primera se traduce, bien en el dictado de normas, bien en convenciones o pronunciamientos concretos y singulares que se dirigen a producir efectos de derecho y a influir en las relaciones y situaciones jurídicas. Los segundos, en cambio, suponen operaciones materiales o técnicas, que si bien pueden producir efectos jurídicos –como en el caso de las reparaciones que se deben realizar por aplicación de los principios y normas de la responsabilidad del Estado-, se explican en el ámbito de lo operativo, como ejecución fáctica de disposiciones o pronunciamientos. Así, el acto que otorga un permiso de construcción se distingue claramente de la entrega por correo del documento que contiene el permiso. De igual modo, las disposiciones que regulan el horario de clase en una facultad, a igual que la decisión de calificar con una nota determinada a un estudiante, se diferencian de la actividad misma de dar clase.

Existen actos de la Administración Pública que innovan el ordenamiento jurídico, como el reglamento y la ordenanza; otros que versan sobre un asunto particular que se atiende en ejercicio de las facultades propias de la Administración Pública; y, otros que traducen acuerdos de voluntades y mutuas decisiones en fórmula contractual o convencional. Cada figura tiene un régimen jurídico distinto, apropiado a la naturaleza de cada figura.

El reglamento y la ordenanza contienen auténticas normas jurídicas, que si bien no pueden equipararse totalmente a la ley, se integran al ordenamiento y se estudian en la teoría de las fuentes. El carácter general y abstracto de la norma reglamentaria se opone a otros actos de los órganos administrativos que se circunscriben al ámbito de los asuntos concretos, como es el caso de la determinación de una obligación tributaria o de la imposición de una multa. De esta primera delimitación, se puede destacar a los actos que se refieren a un asunto particular, noción esta que da una primera aproximación al concepto de acto administrativo. Sin embargo, la alusión al asunto particular, y sobre todo la distinción de los actos administrativos respecto de los reglamentos, puede producir ciertas confusiones prácticas y conceptuales. El carácter de particular que se predica de un asunto, no se refiere necesariamente al aspecto cuantitativo y al alcance determinado o individual de una disposición o decisión administrativa.⁷ Así, son tan actos administrativos los que imponen

⁷ El artículo 24 de la Ley del Control Constitucional contiene la siguiente noción de acto administrativo: «Para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas *individuales*, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final» (la cursiva es del autor). El ERJAFE, por su parte, dice en el artículo 65 que el acto administrativo «Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa». Estas normas han dado pie a lamentables confusiones por la expresión “individuales” que insertan en sus textos, pues se ha llegado a una interpretación de orden cuantitativo del acto administrativo que niega el carácter de tal a ciertos actos de alcance indeterminado en cuanto a los sujetos. Este tema trasciende al único plano teórico, pues en los procesos constitucionales, concretamente en los amparos, se observa la frecuente excepción que alegando el carácter “*erga omnes*” de ciertos actos, concluye que la vía procedente no es el amparo sino la de inconstitucionalidad de actos normativos; excepciones estas que muchas veces terminan siendo aceptadas por los jueces de instancia, con el ingrediente de indefensión que un mal entendimiento incorpora. Al respecto, se insiste que la expresión “individual” se refiere al *asunto* y no a las personas o destinatarios, como si el simple hecho de referirse a un sujeto definiera la esencia del acto administrativo, y la pura circunstancia aritmética de referirse a dos, tres, veinte sujetos tuviese la virtualidad de mutarlo en reglamento.

una multa a la persona de un ciudadano, como el que ordena que toda la población del país se cense en una fecha determinada. Al hablar de “asunto particular” se quiere expresar *lo singular y determinado del asunto* y de las *consecuencias jurídicas que se buscan*, pero no se alude necesariamente al número de destinatarios. Como indican García de Enterría y Fernández, la diferencia entre el reglamento y el acto administrativo es *de grado*; el primero integra el ordenamiento jurídico, ya que contiene normas jurídicas abstractas e impersonales y no está llamado a consumirse con su cumplimiento en un caso singular; el segundo es un acto aplicativo del ordenamiento, que no lo innova y se agota en su simple cumplimiento, que se consume en éste, de modo que para un nuevo cumplimiento es preciso dictar otro acto administrativo.⁸

Aclarado lo que se entiende por asunto particular, conviene precisar aun más el concepto de acto administrativo, pues la Administración Pública (o los órganos que ejerzan función administrativa), en relación con un asunto particular pueden emitir diversos actos, desde una felicitación o un informe técnico, hasta el reconocimiento o modificación de un derecho u obligación. Los actos administrativos propiamente tales se caracterizan porque se dirigen precisa y derechamente a la *producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica*; porque se encaminan a la creación, modificación, o extinción de una determinada relación jurídica, a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho o de otra circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación.⁹ Ahora bien, la consecuencia jurídica debe surgir *directa e inmediatamente* del acto mismo; carácter propio de los actos administrativos que los distingue netamente de otras manifestaciones de actividad, que si bien se refieren a un asunto particular y tienen trascendencia para el Derecho, no tienen la virtualidad de producir inmediatamente los efectos descritos.¹⁰ El mero deseo, la simple opinión, la sola advertencia de una consecuencia, la actuación de trámite o preparatoria, etcétera, si bien son jurídicamente relevantes, no tienen la posibilidad de producir por sí mismos las consecuencias explicadas, y por ello no se consideran actos administrativos.¹¹ Será, en definitiva, ordenamiento jurídico el que precise aquella trascendencia productora de efectos y consecuencias de Derecho, y al mismo tiempo, el que defina el régimen al que se someten los actos administrativos. El mero registro de algo, por ejemplo, puede servir para fines de información o de conservación de un historial, lo cual no sucede con la inscripción de una compraventa de inmuebles en el Registro de la Propiedad, que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico produce la tradición. La contestación de un Ministro, hecha de forma voluntaria, y en la cual se comunica a una persona sobre las normas que regulan determinada relación, no tiene las mismas consecuencias que la absolucón vinculante de una consulta tributaria.

⁸ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pgs. 203 y 534.

⁹ Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, Pg. 33.

¹⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, 1ª edición colombiana. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1999, Pg. II-4.

¹¹ Estos actos, que suele denominárseles “simples actos de la administración” o “actos de simple administración” (Ver artículo 70 del ERJAFE), tienen relevancia jurídica, y el adjetivo de “simples” con el cual se los califica, no determina la carencia de efecto jurídico, que en muchos casos puede ser decisiva al momento de determinar la regularidad del acto y su conformidad con el Derecho. Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, Pg. II-3. La diferencia está en el *modo* de producir efectos jurídicos respecto de las situaciones y relaciones jurídicas, que es indirecta y mediata, pero no en la posibilidad de producción de efectos jurídicos.

Los efectos jurídicos del acto administrativo pueden referirse a los particulares o a los entes y funcionarios administrativos, es decir, pueden tener su ámbito de aplicación respecto del complejo orgánico de la misma Administración Pública, hacia el interior de la misma, o respecto de terceros, esto es, hacia el exterior. Discrepamos con la corriente doctrinal que quiere circunscribir el concepto de acto administrativo a los que producen efectos externos, pues la sola circunstancia del ámbito es insuficiente para definir particularidades, y de adoptarse, se estaría restringiendo en demasía el concepto.¹² Las relaciones entre la Administración y los particulares, por un lado, y las que existen entre dos o más entes u órganos administrativos, por otro lado, se rigen por el Derecho, son igualmente jurídicas,¹³ y antes que definir al acto administrativo por la índole de relación o situación jurídica de que se trate, lo que importa observar es si el acto tiene la vocación de producir o establecer, de modo directo e inmediato, una consecuencia de Derecho en dichas relaciones y situaciones.¹⁴ Por otra parte, aquel criterio del ámbito de producción de efectos, “hacia adentro” o “hacia fuera”, complica innecesariamente el panorama doctrinario, pues se plantea la inquietud de cómo explicar jurídicamente a los actos “hacia el interior” y darles la fisonomía particular que supuestamente tendrían.¹⁵ En nuestra opinión, esto precisaría el diseño de un nuevo concepto, pero si se reflexiona un poco, antes que diseñar un concepto, lo que se estaría haciendo es estudiar una *materia* específica en la cual tendría aplicación el acto, o un tipo de *relaciones y situaciones jurídicas* sobre las cuales se actuará. Y si bien dicha materia o tipo de relaciones y situaciones pueden determinar un tratamiento particular, este termina refiriéndose a lo accidental antes que a lo sustancial, es decir, a las *propiedades* que puede o no tener el acto, según la materia y tipo de relación y situación jurídica de que se trate, pero no al mismo concepto de acto que sigue siendo sustancialmente igual.¹⁶ Lo

¹² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: el acto administrativo*, Pgs. II-18-19.

¹³ José Antonio García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, 2ª edición Madrid, Civitas, 1991, Pg. 100.

¹⁴ Juan Francisco Linares, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, Pg. 258.

¹⁵ Vale tener presentes, no sólo para el tema que nos ocupa, sino para cualquier otro que incumba al Derecho, las siguientes advertencias de Ferrer Arellano:

«La certeza exige, en efecto, una positivización adecuada mediante vocablos técnicamente correctos que signifiquen *conceptos* precisos. Y reducir a “tipos” claramente definidos la indefinida multiplicidad de posibles casos reales, más o menos semejantes.-

«Se explica así el peculiar hábito del jurista, definidor de su “forma mentis”, que le inclina a un formalismo desvinculado de la realidad. Sin el debido control, podría llevarle a los siguientes excesos rechazables.-

«1. El culto inmoderado al *verbalismo*: no debe olvidar que la abundosa floración de palabras de los textos normativos debe servir a la “res justa”. Las palabras agotan su sentido en servir de técnicas instrumentales en orden a facilitar la comprensión de las normas, y en última instancia, su justa aplicación. (Recuérdese el fetichismo por las fórmulas verbales del Derecho romano más antiguo “Uti lingua nuncupasset ita ius esto”. Equivocar una palabra en la fórmula establecida equivalía a perder la “litis”).-

«2. La tendencia a un abuso de *conceptos* complicados en la elaboración de *sistemas*, tan grandiosos a veces, como apriorísticos (dogmática formalística). También ellos agotan su función en servir de *medio* para una mejor comprensión e interpretación del Derecho. Pero muchas veces, lejos de ayudarlas, las dificultan. (Por ejemplo, la dogmática de muchos pandectistas, y de las “direcciones formalistas” en general).-

«3. La tendencia a olvidar que en los tipos definidos -en los esquemas legales- no encajan con frecuencia los casos concretos; y como consecuencia, a forzar (cuando es aplicado el Derecho) las concretas situaciones de la vida, que es dinámica, en los esquemas casuísticos, que son estáticos. No se tiene en cuenta, cuando así se procede, que la decisión justa no es mera deducción racional, sino un conocimiento traspasado de voluntad, que es inmediatamente realizador de orden, flexibilizador y quizá creador» Joaquín Ferrer Arellano, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963, Pg. 315.

¹⁶ Esto, en nuestra opinión, es lo que puede descubrirse en el análisis que hace Cassagne de sus “actos inter-orgánicos”, “actos inter-administrativos” y “actos institucionales”. El autor habla de los conflictos de competencia, del control, de los derechos de los agentes públicos, del gobierno, etcétera. De aquí se deduce que los actos que se aplican a estas materias y relaciones no son justiciables, que no se puede aplicar multas,

sustancial dice que el acto administrativo produce consecuencias y efectos de Derecho en forma directa e inmediata, que incide decisoriamente en las relaciones y situaciones jurídicas; lo accidental, dice que las relaciones y situaciones jurídicas, según la materia, determinan que el acto padezca vicisitudes particulares, no como concepto, sino por su inserción en un ámbito jurídico específico. En unas relaciones y situaciones jurídicas el acto puede ser impugnabile o puede tener un acabado y eficaz régimen de ejecutoriedad, etcétera; en otras deja de tener estas propiedades o puede tenerlas en forma atenuada o con régimen distinto, pero ello no comporta razón suficiente para decir que el acto mute en figuras de tratamiento diferente.

1.3) El acto administrativo es un acto jurídico, pero un acto jurídico de fisonomía y régimen de Derecho Público. Denota Martín Mateo que el Derecho Privado tuvo cierta influencia en la formación del Derecho Administrativo, aunque sólo fuese por su prioridad histórica.

«Pero hoy, sin embargo, no podemos afirmar que el Derecho privado, fundamentalmente sintetizado en el Código Civil, sea un Derecho que campea sobre el Derecho Administrativo. Sucederá, sin embargo, que habrá grandes grupos de instituciones que serán comunes y que tendrán trascendencia para ambos ordenamientos; cabe hablar, por ejemplo, de una teoría de los contratos válida para los contratos administrativos o para los contratos privados, de una teoría del dominio con trascendencia para ambos ordenamientos. Pero el Derecho Administrativo actual es una rama autónoma que se autointegra, es decir, que se completa con arreglo a sus propias instituciones, a sus propias normas y preceptos».¹⁷

El Derecho propio al que la Administración Pública se somete, aun cuando pueda actuar en esferas regidas por otras disciplinas jurídicas o pueda utilizar técnicas por ellas diseñadas, es por antonomasia el Derecho Público, y por ende, la explicación del acto administrativo debe hacerse según los principios, postulados, esquemas y normas de dicha asignatura. Esta afirmación no surge de un desmesurado propósito de especialización, como si no existiese una unidad fundamental en los postulados que orientan al Derecho o conexión entre sus disciplinas. Nace, por el contrario, de la observación objetiva de la *índole de relaciones y situaciones jurídicas* presentes, del *ámbito y trascendencia* que en ellas tiene la actividad administrativa, del tipo de *necesidades y asuntos* que están involucrados, de los aspectos *de bien común* que están inmersos, del *fin* que se trata de lograr, en suma, de la estructura y carácter públicos que están implícitos en la materia, en su naturaleza, y que sustenta una distinción respecto de los ámbitos que se someten al Derecho Privado. Como indica Dabin: «No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior “apolítica”, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio».¹⁸

que no son estables, que no tienen el mismo carácter de ejecutoriedad, etcétera. Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, II, 7ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, Pgs. 60-79. Pero estas circunstancias devienen de la materia y de las relaciones y situaciones jurídicas, son propias de estas, pero no atañen al concepto, es decir, aluden a lo accidental y no a lo sustancial.

¹⁷ Ramón Martín Mateo, Op. Cit., Pg. 83.

¹⁸ Jean Dabin, *Doctrina general del Estado*, 2ª edición, traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Editorial JUS, 1955, Pgs. 137-138.

La Administración Pública se rige por principio fundamental de la subordinación al Derecho, lo cual implica que únicamente puede ejercer las atribuciones previstas en el ordenamiento jurídico, que en toda su actividad se somete inexcusablemente a las previsiones del mismo y que, por tanto, debe ser expresión de una cabal juridicidad. Todo ello implica la interdicción de la arbitrariedad, la razonabilidad de un actuar y, por lógica y necesaria consecuencia, una idea de responsabilidad de corte distinto a la que tratan otras disciplinas jurídicas.

La consecuencia de estos planteamientos es que el acto administrativo no puede estudiarse, sin más, desde el plano y esquema del negocio jurídico del Derecho Privado, aun cuando se lo haga a título de analogía, pues se corre el riesgo de desdibujar la noción y complicar la explicación de su propio régimen jurídico. Suele decirse que el acto administrativo es una declaración de voluntad de la Administración que tiende a crear, modificar o suspender una relación jurídica entre esta y los particulares.¹⁹ Sin embargo, se afirma también que acudir al estadio intelectual del órgano comporta un antropomorfismo inaceptable (y completamente indiferente), porque la voluntad administrativa no consiste sino en el cumplimiento de la Ley y en la consecución de los fines públicos que la propia Ley le encomienda.²⁰

Lo cierto es que en los negocios jurídicos privados campea el principio de la autonomía de la voluntad y los postulados de la autodeterminación de la persona, que derivan de aquella capacidad inherente y natural al ser personal de dominarse a sí mismo y a su entorno, y que marcan el decisivo protagonismo que tiene en el orden jurídico. Los negocios jurídicos privados, ante todo, son actos libres, bien porque hay libertad de celebrarlos o no, bien porque hay libertad de determinar su contenido. Reflejan el poder que tiene la persona de crear reglas de conducta (*leges privatae*) y de originar, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En este plano, el ordenamiento jurídico se muestra como un límite negativo, pues denota las justas y necesarias restricciones a las que se somete la libertad de las personas, que nunca puede ser absoluta.²¹ En el caso de los actos administrativos, la voluntad es *heterónoma*, pues dichos actos derivan de expresas facultades conferidas a la Administración por el ordenamiento jurídico, las cuales deben ejercerse según sus previsiones y de modo acorde con los fines públicos que las explican. De la Administración

¹⁹ Sobre las corrientes que receptaron la idea del negocio jurídico en el Derecho Administrativo, ver Bezzi, Op. Cit. Pgs. 90-91.

²⁰ Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pg. 33.

²¹ Javier Hervada, *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 4ª edición Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1998, Pgs. 98-106. Como indica el autor citado (Op. Cit., Pg. 98):

«La estructura jurídica de la sociedad no es producto exclusivo de la potestad pública. También contribuye a su conformación el poder jurídico que compete a las personas para ordenar su esfera jurídica privada. Este poder jurídico recibe el nombre de *autonomía privada* y se manifiesta en *actos jurídicos*, entre los cuales tiene especial significación el contrato.-

«La autonomía privada no debe confundirse con los derechos subjetivos o facultades de hacer u omitir unas conductas o exigir conductas ajenas. La autonomía de la persona es un *momento* del orden jurídico o fuerza creadora de derechos. Es un poder jurídico de crear un cierto tipo de normas (*leges privatae*) y de originar, modificar o extinguir relaciones jurídicas».

Este poder jurídico no es una concesión del derecho positivo, sino una condición de Derecho Natural que deriva del dominio que es propio del ser personal y que lo hace protagonista del orden jurídico. Al respecto, indica el ya citado autor:

«Puesto que el hombre, por ser persona, es dueño de su propio ser y capaz de dominar su entorno, este dominio se plasma en un verdadero poder jurídico en una doble aspecto: 1º) capacidad de regular sus ámbitos de libertad; y 2º) poder de actuación sobre las situaciones jurídicas que caen bajo su esfera de dominio». Op. Cit., Pg. 99.

no pueden emanar actos administrativos *atípicos*, y no cabe realizar una analogía entre ellos y el negocio jurídico privado, el cual se vincula con la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de la persona.²² El acto administrativo, en efecto, se identifica por la heterodeterminación de quien actúa y la falta de espontaneidad de su expedición y contenido, a diferencia del negocio jurídico privado que se caracteriza por proceder de la autodeterminación del ser personal, y por ende, de su poder creador y regulador.

De ahí que se diga que en el acto administrativo hay una “voluntad normativa”, esto es, derivada del ordenamiento jurídico y no una voluntad referible a datos naturales o psicológicos del agente, pues en el acto administrativo interesa juzgar, en principio, *los resultados objetivos y la declaración misma que contiene*, antes que los móviles del órgano y sus intenciones. Este aserto se sustenta también en la apreciación de que el acto administrativo es, normalmente, resultado de un procedimiento, de una secuencia de actos producidos por órganos diversos que emiten sus juicios, valoraciones, opiniones, etcétera.²³

En este punto, sin embargo, cabe aclarar que una cosa es precisar las diferencias de principio que existen entre el acto administrativo y el negocio jurídico privado, otra la de negar a ultranza que la voluntad psíquica del agente *pueda* tener cierta influencia en la validez del acto administrativo. Como observa Bezzi:

«[...] los aportes dados por la teoría general de los vicios de la voluntad en la dogmática civil no corresponden ser desestimados sin más, pudiendo ser de aplicación analógica la respectiva construcción al acto administrativo, a fin de poder corregir en determinados supuestos las patologías que en el mismo se manifiestan. En este orden de ideas –y sin perjuicio de la proyección de los vicios de la “voluntad” a los distintos elementos del acto, en particular, en los “motivos presupuestos” y al objeto es dable también ponderar que la adscripción a la concepción objetiva no postula la impunidad de los comportamientos administrativos guiados por violencia; y menos aun, la estabilidad de actos viciados dictados en ejercicio de una potestad de carácter discrecional; asimismo, advertimos acerca de la posibilidad del empleo de la coacción psíquica por parte del órgano-persona, en la oportunidad de la aplicación de regímenes de prescindibilidad y de retiro “voluntario”, situaciones éstas que fundamentan la invalidación de los respectivos actos administrativos».²⁴

En nuestra opinión, son muchas razones –propia y debidamente derivadas un régimen de Derecho Público- las que justifican que la voluntad del funcionario no tenga un papel absolutamente determinante en la validez de los actos administrativos, de tal modo que dicha validez

²² Héctor Osvaldo Bezzi, Op. Cit., Pg. 91.

²³ Héctor Osvaldo Bezzi, Op. Cit., Pgs. 92-94. Como manifiestan Villar Palasí y Villar Ezcurra (citados por Bezzi):

«No quiere esto decir que cuando un órgano administrativo dicta una resolución no está exteriorizando su voluntad, pues efectivamente, todo lo que procede espontáneamente de los hombres constituye, en definitiva, manifestación o declaración de voluntad. Lo que se indica es que, así como en el derecho civil las consecuencias de la exteriorización de la declaración de voluntad se liga a una exacta interpretación, en el acto administrativo no se vincula la voluntad presunta o expresa del órgano administrativo, sino a la norma que habilita a tal órgano para producir el acto administrativo. El acto administrativo es pues, un acto y no un hecho, pero no es una declaración de voluntad, tal como la dogmática civil ha construido este concepto».

²⁴ *Ibidem*, Pg. 94.

dependa más de los resultados *objetivos* del acto, esto es, del acomodamiento final con el Derecho y de la cumplida satisfacción de los intereses públicos que se logre, antes que de las circunstancias subjetivas del órgano. La seguridad jurídica, la confianza legítima, la buena fe o el deber de satisfacer las necesidades públicas y de servir a los intereses generales son razones que justifican atender al resultado objetivo del acto administrativo, antes que al estadio intelectual y psíquico del agente. Pero a guisa de caracterización de un régimen propio de Derecho Público no puede descartarse, sin más, el aspecto humano que ineludiblemente existe. Bien es verdad que el acto administrativo traduce la “voluntad del ordenamiento”, pero a través de personas que ejercen la función pública, con las pasiones y vicisitudes propias de lo humano. Consideramos que vale decir que el acto administrativo, a diferencia del negocio privado, traduce una “voluntad” heterónoma, porque su origen se explica en las expresas facultades que se conceden a la Administración, porque *debe ser* manifestación de las previsiones del ordenamiento jurídico y porque se ciñe a las regulaciones del mismo; pero “voluntad” heterónoma que *puede* en ciertas circunstancias manifestar sus patologías según la disposición del agente.

Como habíamos dicho, en el acto administrativo no interesa, en principio, la intencionalidad del funcionario. Puede haber actuado por miedo, con presión o afán de favoritismo, pero los actos administrativos dictados pueden ser válidos si resultan cabalmente expresión de las previsiones del ordenamiento jurídico. Por el contrario, se pudo haber dictado el acto con intención altruista, con elevados propósitos de servicio y con libertad de injerencias extrañas, pero tal acto resultará inválido si manifiesta su disconformidad con el ordenamiento jurídico. Esto, justamente, porque la voluntad es heterónoma y *subordinada a las normas y principios de Derecho*, de tal modo que *el parámetro de evaluación de la actuación administrativa siempre se remite al ordenamiento jurídico y en él se sustenta*. Es este contexto en el que deben apreciarse los vicios subjetivos de la voluntad (error, fuerza o dolo), pues si ellos han sido decisivos para la violación de la legalidad o han sido suficientes para incorporar un elemento determinante de la trasgresión, podrán establecer el efecto de invalidez correspondiente. Pero nunca dichos vicios, *por sí solos y exclusivamente*, tienen la virtualidad de tal efecto, de tal forma que la apreciación de su trascendencia en los actos administrativos depende de las circunstancias y tiene diversas consecuencias que se justifican por el régimen de Derecho Público que es aplicable. Esto denota lo relativo del dato psíquico de agente y el carácter circunstancial de su influencia en los actos administrativos, de modo que tal dato no puede entrar en la conceptualización de la figura que nos ocupa, que –se insiste– se explica según un postulado de heteronomía de la voluntad.

Con las aclaraciones expuestas, también puede afirmarse que en los actos discrecionales hay una heteronomía de la “voluntad”. Dichos actos provienen, en efecto, de facultades que permiten una apreciación subjetiva de la Administración, pero de ningún modo se configuran como actuaciones que dependan de un acomodado concepto de “autonomía de la voluntad” o de la “autodeterminación” del órgano o funcionario. Aparte de que en las potestades discrecionales existen elementos reglados –esto es, la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia y el fin,²⁵ y que dichas potestades siempre deben ejercerse en forma razonable y oportuna; debe considerarse que la Administración constituye una organización de servicio al interés general, que actúa según principios de

²⁵ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pg. 453.

eficacia y eficiencia, y en un marco de absoluto respeto a la Constitución, a los derechos fundamentales y a los principios generales del derecho.²⁶ Esto último, sumado a lo anteriormente dicho, descarta por inexacto cualquier intento de comparación entre la libertad que se predica del negocio privado y el margen de apreciación de la discrecionalidad, en cuanto posibilidad de elegir entre varias alternativas igualmente lícitas.²⁷ La discrecionalidad es exigencia indeclinable de todo gobierno humano, que no puede estar reducido a una “normocracia” abstracta y neutral frente a la riqueza de situaciones y necesidades que plantea la vida social.²⁸ Pero la discrecionalidad se justifica siempre en el activo *servicio al bien común*, que impone resultados legítimos, como corresponde a una recta y buena administración. La discrecionalidad podrá verse, sí como una concedida facultad de apreciar, evaluar y elegir, a diferencia de la rigidez de lo reglado; pero nunca prescindiendo de la simultánea consideración de los postulados que la orientan y que determinan una exigente juridicidad y *responsabilidad* en función del resultado justo y prudente.²⁹ Esto explica que los actos discrecionales puedan ser fiscalizables, porque discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad o de absoluta libertad frente al ordenamiento jurídico.³⁰ No se trata, por tanto, del fácil acomodo de un concepto de negocio jurídico, que apreciando solamente el fenómeno de la facultad, se desentienda de los principios y valores en función de los cuales tal facultad es concedida y a los que se supedita. Estos principios y valores determinan que no toda decisión es legítima y que para serlo debe ser trasunto de la más acabada juridicidad, racionalidad, mérito y oportunidad, y conforme con los postulados de eficacia y eficiencia que son propios de una recta y buena administración.

2.- Actos administrativos unilaterales y consensuales: especial referencia al derecho de participación del ciudadano y su incidencia en la formación de los actos de la Administración Pública.

²⁶ Cfr. Domingo Juan Sesin, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, Pgs. 5 y ss.

²⁷ La asimilación de la discrecionalidad a la libertad predicable del negocio jurídico privado se encuentra en José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pg. 84.

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pg. 454.

²⁹ La Constitución, sin distinción del carácter de la potestad, sea reglada o discrecional, establece principios de responsabilidad, que suponen necesariamente una integral subordinación al Derecho. Así, los artículos 20 y 120.

³⁰ El artículo 6 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que no corresponden a dicha jurisdicción «Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración». Esta norma está en pugna con la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso se quede en indefensión (artículo 24 numeral 1). Por lo demás, los actos discrecionales son impugnables mediante amparo constitucional, pues el artículo 95 de la Constitución incorpora un concepto más acabado de juridicidad que gira en torno a la apreciación de la legitimidad. Un acto de autoridad es ilegítimo, no sólo cuando viola la ley positiva, sino también cuando atenta contra los principios superiores que informan el ordenamiento y que guían la actividad de los órganos públicos, o cuando carecen de mérito, racionalidad o fundamento. Justamente, como indica Tomás-Ramón Fernández: «La arbitrariedad se considera por doquier la antítesis de la racionalidad y de un mínimo de ésta no puede prescindir el Derecho» Tomás-Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, Pg. 189.

En el tradicional estudio y conceptualización de los actos administrativos se ha puesto énfasis en su carácter unilateral.³¹ Se trata de un acto de autoridad, producto de expresas facultades que tienen por titular a un solo sujeto: la Administración. A través de los actos administrativos, la Administración puede innovar en las relaciones jurídicas en las que participa, por propio imperio y aun sin la anuencia de los administrados, lo cual constituye manifestación del carácter de poder público que ostenta y de las potestades que en razón de dicho carácter le confiere el ordenamiento jurídico. Este carácter unilateral, por otra parte, distinguiría al acto administrativo de los contratos u otras manifestaciones convencionales que se originan en el concurso de voluntades,³² los cuales suponen, como elemento esencial, la concurrencia de las voluntades de la Administración y de los particulares (o de otras administraciones, en caso de los convenios que entre ellas se celebran). Estructuralmente significarían actos diferentes, y por ende, sometidos al régimen jurídico que es acorde con su naturaleza.³³

Se reconoce que los administrados pueden tener influencia en la producción de los actos administrativos o en el despliegue de sus efectos. En ocasiones la Administración Pública sólo puede obrar a instancia de parte, a pedido de los administrados, así como también puede exigirse como requisito de eficacia la colaboración, e incluso su anuencia de ellos, como en los nombramientos, en los que se requiere la aceptación del cargo. Por otra parte, un acto administrativo puede tener efectos bilaterales, esto es, de obligar también a la Administración Pública que los dictó, como sucede en la concesión de una jubilación.³⁴ Sin embargo, todo ello no está en posibilidad de comportar una excepción al carácter unilateral que se predica de los actos administrativos, desde el momento en que puede determinarse su origen en la “voluntad” de un solo sujeto y en el ejercicio de las potestades públicas conferidas a dicho sujeto preciso: la Administración Pública.³⁵

Sin embargo, empieza la doctrina a hablar de unos actos administrativos consensuales como una *alternativa a la decisión unilateral*, sustentada en convenciones que celebrarían la Administración Pública y los administrados con ocasión del ejercicio de las potestades administrativas y dentro del proceso de toma de decisiones. Es más, existen soluciones legislativas que introducen dichas posibilidades, como las previstas en España, en su Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin ir más lejos, en el artículo 155 de nuestro Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.³⁶

³¹ Así, el artículo 65 del ERJAFE dice lo siguiente: «Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración *unilateral* efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa» (la cursiva es del autor).

³² Stassinopoulos destaca que el ejercicio del poder público crea una desigualdad entre la Administración y los particulares que excluye del acto administrativo todo carácter contractual:

«En principe, les personnes morales que exercent la puissance publique procèdent par des actes strictement unilatéraux. Le fait de l'exercice de la puissance publique crée entre l'administration et les administrés une inégalité qui exclut de l'acte administratif tout caractère contractuel». Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, Institut Français D'Athènes, 1954, Pg. 57.

³³ Cfr. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, Pgs. 1-19.

³⁴ Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, Pgs. IV 35-IV 37; Michel Stassinopoulos, Op. Cit., Pgs. 57-62.

³⁵ Cfr. Michel Stassinopoulos, Op. Cit., 57.

³⁶ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva:

La aceptación de figuras convencionales en los procedimientos y en los actos administrativos rompe definitivamente los esquemas de la tradicional concepción de aquellos. Aceptar esto, ¿no significaría permitir la crisis de la autoridad pública, por consentir que los intereses privados y egoístas que animan a los particulares tengan influencia en las decisiones de la Administración Pública, con el grave riesgo para el interés general que ello significa? Y en el plano de los conceptos, ¿cómo explicar la naturaleza jurídica de un acto administrativo consensual?, pues siempre se ha distinguido al acto administrativo de las convenciones y contratos a efectos de perfilar su régimen jurídico. Parecería haber una derogación, tanto del orden público, como de las explicaciones doctrinarias, a más de un riesgo de que se pierda la imparcialidad que debe caracterizar a la Administración, y por ende, la igualdad de trato respecto de terceros ajenos a la convención.

Empero, la idea de unos actos administrativos consensuales no se fundamenta sobre bases caprichosas o en la ignorancia de los fenómenos públicos. Por el contrario, el sustento doctrinario de la figura tiene presente la necesidad de acortar distancias entre la autoridad y la sociedad, para permitir una valoración más directa de la problemática social sobre la cual se deben adoptar las decisiones administrativas y lograr la legitimación de estas en resultados eficaces y eficientes. Estas exigencias implican un ejercicio más adecuado del derecho de participación del ciudadano en los asuntos públicos, dentro de los postulados del Estado Social de Derecho³⁷. Es preciso, pues, referirnos de antemano a los fundamentos de la nueva figura del acto administrativo consensual, para luego exponer sus características técnicas de la figura. El análisis culminará con una apreciación de las posibilidades de aplicación práctica en nuestro Derecho.

«Art. 155.- Terminación convencional.-

1. 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.*-

2. 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.-

3. 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.-

4. 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 relativas al funcionamiento de los servicios públicos» (la cursiva es del autor).

La disposición transcrita es copia casi literal de la disposición del artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España. Además, de esta normativa, vale tener presente que la legislación alemana y la italiana han previsto también la posibilidad de los acuerdos que nos ocupan.

³⁷ En España la Constitución de 1978 habla de Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual se critica por ser tautológico: un Estado de Derecho, por definición, debe ser democrático, por ello en el Ecuador sólo se habló, al igual que en Colombia en la Constitución de 1991, de Estado Social de Derecho.

2.1.- En el Ecuador, como sucede en otros países, se observa cada vez más la exigencia de un Estado que, a más de fundamentarse en el principio de juridicidad y encontrar su causa final en el servicio a la persona humana –respetando, protegiendo y promoviendo sus derechos fundamentales, a través de su finalidad instrumental en la promoción del bien común-, tenga una debida capacidad de respuesta a una problemática social cada vez más compleja. El ideal que refleja la doctrina contemporánea es un Estado Social de Derecho que obtenga *resultados*, es decir, que sea también *eficaz y eficiente*, lo cual debe traducirse en decisiones que, a la vez de idóneas en la solución de las necesidades públicas, se adopten al menor costo posible. Tal ideal, sin embargo, no postula el sólo fortalecimiento de la organización del Estado, sino que debe ser reflejo del respeto mismo a los derechos fundamentales, esto es, de la plena efectividad de sus contenidos e implicaciones.

Los postulados expuestos están presentes en varias disposiciones de la Constitución de la República. A la definición del modelo de Estado Social de Derecho que constituye el Ecuador, según el artículo 1, se acompañan disposiciones que descubren la misión del Estado, entre las cuales se destaca la prevista en el artículo 16: «El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución». Y como se sabe, se reconocen los derechos civiles y políticos, conjuntamente con los económicos, sociales y culturales y los de tercera generación. El artículo 16, que reitera la declaración del artículo 3 numeral 2, no es puramente declarativo o programático, sino que se armoniza con normas de interpretación y disposiciones que determinan la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales y que buscan su efectiva vigencia (artículos 17 y 18). El principio sobre el cual se reconocen los derechos es el bien integral de la persona (artículo 19), lo cual permite observar que el interés general se configura e identifica con el bienestar de los ciudadanos. En este contexto dogmático debe entenderse al artículo 119, el cual consagra el principio de juridicidad, pero con el agregado del deber que tienen las instituciones del Estado de coordinar sus acciones para la *consecución del bien común*; norma que guarda íntima coherencia con el artículo 120, al establecerse el principio de responsabilidad que guía a la función pública, tanto por los actos como por las omisiones, con un sentido de *servicio a la colectividad* que exige capacidad, honestidad y *eficiencia*.

En lo que corresponde a las fórmulas de participación democrática, la Constitución parecería configurarla, primordialmente, en función de los derechos políticos y el régimen electoral. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en países como España, no parecería haber el reconocimiento de un derecho de participación *directa* en los asuntos públicos, con el correspondiente deber de la Administración de hacerlo efectivo,³⁸ y resulta por demás extraño que la referencia se la haga en el artículo 97 numeral 17, que se refiere a los *deberes constitucionales*, en los siguientes términos: «Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente». Verdaderamente, la fórmula no es de ningún modo feliz si no se entiende, por el contrario, como un auténtico derecho cuyo ejercicio debería realizarse de modo honesto y transparente, pero al configurar a la

³⁸ La Constitución Española es precisa en reconocer el derecho de participación en las siguientes disposiciones:
«Art. 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.[...]».
«Art. 23.1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.[...]».

participación ciudadana como un *deber* se exime a la Administración de cualquier acción positiva que lo aliente.

Este tratamiento constitucional muestra, además, una incongruencia con otras disposiciones que implican, necesariamente, que la participación ciudadana en los asuntos públicos sí es un derecho, o por lo menos debería serlo por la lógica del sistema. El artículo 255 establece que «El Estado impulsará mediante la descentralización y la desconcentración, el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la *participación ciudadana* y de las entidades seccionales, la distribución de los ingresos públicos y de la riqueza». De igual manera, el artículo 243, al establecer los objetivos permanentes de la economía, establece como uno de ellos «El desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentable y *democráticamente participativo*». A esta norma se suma la del artículo 255, que en lo que se refiere a la “planificación económica y social”, dice que el sistema nacional de planificación estará a cargo de la Presidencia de la República, «[...] con la *participación* de los gobiernos seccionales autónomos y de las *organizaciones sociales que determine la ley*». Por último, la participación ciudadana, tiene toda la configuración de un derecho constitucional en materia medioambiental y de menores, según los artículos 88 y 49, al exigir que se cuente con los criterios de la comunidad previamente a adoptar cualquier decisión que pueda afectar al medio ambiente y al reconocer el derecho de los menores a ser consultados en los asuntos que les afecten. En este sentido, incluso podría decirse que hay una configuración constitucional de un auténtico acto administrativo consensual, sin dejar de observarse que cualquier violación al derecho de participación implícito haría procedente el amparo constitucional por omisión de la autoridad pública.

Como puede verse, la Constitución promulgada en 1998, al mostrar este tratamiento incongruente y un tanto débil, no se ha hecho eco de la doctrina nacional que ha manifestado, desde hace tiempo, la necesidad de una democracia más participativa. En efecto, el proceso de modernización del Estado que se inició en el gobierno de Sixto Durán Ballén parece haber dado el sólo resultado práctico de la privatización de empresas públicas y de la delegación de la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada. Julio César Trujillo observa, sin embargo, que tal modernización, justamente, debería permitir una racionalización en la toma de decisiones en el sector público, con una capacitación adecuada del recurso humano y, sobre todo, atendiendo a la situación de pobreza que agobia al país. El autor, al respecto señala:

«El objetivo de las reformas políticas tiene que ser el proveer al Estado de las instituciones, mecanismos y procedimientos que le permitan satisfacer las demandas de la sociedad ecuatoriana porque de esto, para nosotros depende la gobernabilidad y no de procedimientos por los que el pueblo acate dócilmente las decisiones y hasta los caprichos de los gobernantes.-

«La reforma debe comprender la participación de la sociedad organizada en los centros de poder donde se forjan y toman las decisiones políticas y, en general, todas las decisiones, la revisión de las funciones tradicionales del Estado y de sus nuevas funciones, la reestructuración de los órganos encargados de la unas y de las otras».³⁹

³⁹ Julio César Trujillo, “Crisis política y reforma del Estado”, en *Estudios en homenaje a la fundación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 1996, Pg. 492.

Por su parte, Rodrigo Borja muestra su desconfianza en la privatización como la única fórmula para lograr la eficiencia del Estado, señala que no existe justificación en la inhibición de este frente a las problemáticas sociales, y para este autor la modernización implica una mejora de los sistemas administrativos para proveer a las necesidades de distribución del ingreso en términos de equidad.⁴⁰ Así mismo, Alfredo Mancero destaca que la ineficiencia del sector público en general, y no sólo de las empresas públicas estatales, tiene relación con las normas legales y administrativas, con la falta de definición apropiada de las líneas de responsabilidad y el vicio del burocratismo.⁴¹ Por su parte, Luis Fernando Torres observa que en nuestro país existe un preocupante deterioro de la democracia como idea y como sistema, señala que los actores políticos están desvinculados de los actores sociales, que la fórmula representativa ha perdido legitimidad, y con el deterioro de las condiciones económicas y sociales, los ecuatorianos en todos sus niveles desconfían de un sistema que no da respuesta a sus exigencias.⁴²

En nuestra opinión, sin perjuicio de las apreciaciones que más adelante se dirán, la privatización de empresas públicas y la delegación de la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada, son tan solo *una de tantas técnicas*. No somos contrarios a estas soluciones, pero consideramos que atacan una parte del problema, en lo que se relaciona con la disminución del gasto público frente a la ingente inversión que demanda el mantenimiento de dichas empresas y servicios. Sin embargo –y como los resultados se pueden observar en las realidades actuales- la privatización no ha sido la mágica panacea de la modernización del Estado, pues si bien se puede contar, por ejemplo, con buenas carreteras o adecuados servicios de telefonía, de ningún modo se ha logrado un cambio en las estructuras administrativas, que siguen siendo ineficientes y que no han respondido al ideal de subordinación al Derecho y de respeto cabal a los derechos fundamentales. Por otra parte, aunque la descentralización y desconcentración permiten acercar a la autoridad a la ciudadanía, si no se acompañan de unas pautas legales adecuadas que cumplan con dicho ideal, encontraremos una nueva consagración de autoritarismo, esta vez de corte local, que se alejará de las exigencias de una verdadera democracia.

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos no debe limitarse al específico momento en que se ejerce el derecho al sufragio, pues los asuntos públicos son de la vida cotidiana y no aparecen únicamente en las coyunturas políticas de los procesos electorales. La Constitución, a pesar de las incongruencias antes señaladas, no presenta incompatibilidad de principio con el reconocimiento de un derecho de participación directa en la toma de decisiones de la autoridad. Además, este derecho puede deducirse del criterio general que señala el artículo 19 de la Constitución, y como su ejercicio constituye un instrumento que permite que dichas decisiones se enmarquen en el respeto y promoción de otros derechos fundamentales necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material de la persona, podría encuadrarse en las previsiones de los artículos 17 y 18.

⁴⁰ Rodrigo Borja, “La modernización del Estado”, Revista Ruptura, II, No. 37, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1994, Pg. 115 y ss.

⁴¹ Alfredo Mancero, “Estado activo vs. Estado eficiente: la privatización de las empresas públicas”, Revista Ruptura, No. 33, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1989, Pgs. 253 y ss.

⁴² Luis Fernando Torres, “Democracia y Estado de Derecho”, Revista Ruptura, No. 35, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1995, Pgs. 41 y ss.

En este punto, cabe destacar que incluso quienes, como García de Enterría y Fernández, ponen de relieve –en concreto- los peligros de los actos administrativos consensuales, se suman –en general- a la apreciación de que la negociación, que implica participación, se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar, y en un instrumento idóneo para suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración con la autoridad.⁴³ La Administración concertada es una fórmula que aproxima a la autoridad a los intereses sociales, expresados, precisamente, por los destinatarios de la actividad administrativa. Permite valorar y decidir, con cercanía a los problemas reales, el interés público en juego, aspecto este que falta en una decisión unilateral y eventualmente autoritaria, y que puede ser decisivo para lograr la idoneidad de las soluciones.⁴⁴ Como indica Parejo Alfonso:

«[...] el modelo de Administración propio del Estado social no es ya (únicamente) el de la Administración – poder o de intervención, perfilado en el contexto del Estado liberal de Derecho. La asunción de objetivos de configuración social y de la prestación de bienes vitales coloca a la Administración en una nueva posición: posición en la que depende para la realización de sus fines y cometidos –cada vez en mayor medida- de la aceptación de su acción por los destinatarios de la misma, cuando no de la cooperación o colaboración activa de estos último. Aparecen así la forma concertada de la acción administrativa y la idea de la servicialidad y la eficacia de la Administración. Consecuentemente, se rompe el paradigma de la supra/infraordenación de la relación entre Administración y ciudadano y de la disposición unilateral e incondicionada de ésta por la Administración. En su lugar, se instalan las ideas tanto de una mayor diversidad y heterogeneidad de las posiciones en aquella relación y de ésta misma como correspondencia de prestaciones y contraprestaciones en el seno de tal relación. El modelo pasa a ser de la Administración – servicio o prestacional. Conviene advertir que, aun cuando la referencia venga dada ahora por este último modelo, ello no implica en modo alguno la completa sustitución del anterior. La Administración – poder o de intervención continúa subsistiendo, sólo que ha dejado de monopolizar el espacio administrativo, más aún, ha dejado de protagonizar dicho espacio en beneficio de la nueva Administración prestacional (así, desde luego en la *praxis* administrativa; no tanto, sin embargo, en la dogmática jurídico – administrativa)».⁴⁵

⁴³ Los autores citados señalan lo siguiente:

«[...] la “Administración concertada” marca un camino que es forzoso recorrer o, por lo menos, explorar, puesto que ya no cabe seguir ignorando por más tiempo que la Administración negocia y que la negociación se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar. Es, pues, necesario definir en concreto esos márgenes negociales que la realidad reclama y éste es, sin duda, el segundo dato capital a tener en cuenta, porque es evidente que bajo los aspectos habitualmente idealizados de una política de este carácter se esconde el enorme riesgo de una ruptura de la objetividad y de la igualdad –y, por supuesto, de la justicia, como evidenció entre nosotros el sistema de convenios de evaluación global de bases y cuotas tributarias implantado por la reforma fiscal de 1957- que la impersonalidad de la Ley asegura. La adopción del sistema de Administración concertada como fórmula generalizada de administrar no podría, pues, ser admitida. La aplicación del régimen de “conciertos” en sustitución del ejercicio del ejercicio unilateral de los poderes públicos para convenir con los destinatarios su extensión concreta sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones legales específicas, allí donde las circunstancias particulares permitan estimarlo positivo. Si esas habilitaciones legales específicas no existiesen, la utilización de un convenio supondría derogar una reglamentación imperativa en beneficio de un particular» Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª edición, Madrid, Civitas, 2002, Pg. 678.

⁴⁴ Cfr. Massimo Severo Gianini, *El poder público*, Madrid, Civitas, 1991, Pgs. 148-149.

⁴⁵ Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Ariel, 2003, Pgs. 29-30.

A través de los acuerdos que celebran la Administración y otros sujetos de Derecho, se puede valorar de modo *inmediato* el interés público en juego, lo cual acerca a la Administración a las necesidades sociales y de los administrados, que pueden ser apreciadas directamente al permitirse la participación. A ello se suma la *legitimación* de la actividad resultante, reflejada en la satisfacción de los requerimientos y en la eficacia y eficiencia de las soluciones, con el agregado de la disminución de la *conflictividad* que pudiese existir si la decisión se impone unilateralmente, por ser dicha decisión *construida* con los interesados. La técnica participativa, como pone de manifiesto Parejo Alfonso, hace fluir a un primer plano a las mismas relaciones jurídicas, pues su régimen se *construye* con la participación, a diferencia del acto administrativo ordinario unilateral que muchas veces sólo refleja la instantánea de un momento o circunstancia concreta de dichas relaciones.⁴⁶ Estos actos administrativos consensuales, por otra parte, tienen la ventaja de tender a evitar la violación de derechos, permitir el control de la actividad administrativa, fomentar la transparencia, y resolver casos dudosos que presenten la legislación o corregir sus deficiencias de aplicación, pudiendo convertirse en precedentes que guíen la actividad administrativa, al contar con la manifestación de quienes pueden verse afectados por la misma.⁴⁷

De todo lo expuesto, recordando las objeciones que en un inicio indicamos, puede verse que no se trata de derogar el principio de autoridad, sino de definir un *por qué*, un *para qué* y el *cómo* de su ejercicio, a más de un principio de legitimación del poder público. Sin duda, y como se advierte en la cita anterior de Parejo Alfonso, esto ocasiona una verdadera ruptura de los esquemas doctrinales que explicaban al acto administrativo como un acto unilateral y comportan, incluso, la necesidad de un replanteamiento. Pero al respecto cabe advertir que el derecho no es un círculo cerrado de dogmas eruditos, o un conjunto de fórmulas que aspiren a convertirse en modelos matemáticos, o un ejercicio de razonamientos lógicos puramente mentales. El alma del derecho son las *realidades humanas y sociales* de las cuales se nutre en su afán de justicia y en las cuales origina sus normas y principios. El derecho no es *algo dado*, sino que es *algo construido*, y su método propio es la *prudencia*,⁴⁸ por lo cual, ante una problemática y unas necesidades sociales, no puede aceptarse la primacía de los dogmas frente a las soluciones *prudentes* que dichas problemática y necesidades exigen.

Verdaderamente, el acto administrativo consensual no cuadra en los esquemas de lo unilateral, pues en su formación actúa decisivamente el administrado. Tampoco puede decirse simplemente que se trata de un contrato, aunque sea necesario acudir a reglas y principios básicos que rigen a la formación del concurso de voluntades, a efectos de diseñar el régimen jurídico de dichos actos. Decimos que no se trataría de un contrato, al menos según la idea que del mismo se tiene en la Ley de Contratación Pública, pues no es su función el intercambio de bienes o servicios entre la Administración y el administrado. Pero debe tenerse en cuenta que en el Derecho Público existen también figuras que no pueden explicarse según esos parámetros y que invitan al empleo de denominaciones más amplias,

⁴⁶ *Ibidem*, Pg. 944.

⁴⁷ Cfr. Ángeles De Palma del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, Pg. 38. Josep Ma. Castellà Andreu, *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública*, Barcelona, Editorial Cedecs, 2001, Pgs. 370 y ss.

⁴⁸ Jean Dabin, *Teoría General del Derecho*, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, Pgs. 187-201.

como conciertos de la Administración, convenciones administrativas, etcétera. Tal es el caso, en el Derecho nacional, de los convenios de purga de mora patronal, de los convenios que se celebran en aplicación de la Ley de Concurso Preventivo, o de los acuerdos sobre indemnizaciones en los procedimientos de expropiación.⁴⁹ Estas figuras, aun cuando tengan elementos convencionales, tienen particularidades que harían inexacta una calificación de contractuales, a menos que el empleo de la palabra contrato incluya todo tipo de manifestación de acuerdo de voluntades.

Lo cierto es que autores que se ocupan de los actos administrativos consensuales, como Parejo Alfonso, los estudian dentro de la teoría de los actos administrativos. En nuestra opinión, esto es válido, pues consideramos que los actos unilaterales y los consensuales tienen en común el carácter concreto del asunto sobre el cual versan y su procedencia de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria, sólo que ahora dicha potestad se puede ejercer *alternativamente* en forma unilateral o con participación del administrado. De este modo, ya no resulta elemento definitorio aquella unilateralidad a ultranza, y cabe estudiar dentro de la teoría de los actos administrativos su versión consensual. Bien es verdad que todo ello requerirá de una sistematización y explicación de carácter científico, un *replanteamiento*, pero de ningún modo se debe perder de vista que el fin del Derecho es la justicia, y que en el concreto tema de la participación activa del ciudadano en los asuntos públicos se descubren unas sólidas bases que propenden al bienestar integral de las personas, en donde bien se descubre la atención a dicho fin. Vale la pena, pues, complicar el panorama de la doctrina, si de ello resulta un resultado prudente, valioso y justo.

Respecto de la objeción de una posible violación de los derechos de terceros, de pérdida de la objetividad y de la igualdad que garantiza la impersonalidad de la ley, es menester considerar que la solución a ello está en el diseño técnico del régimen jurídico correspondiente, que debe ser, ante todo, abierto y transparente.⁵⁰ Lo cierto es que tal régimen jurídico, como más adelante se verá, determina que los actos administrativos consensuales dependan decisivamente de la potestad de que se trate y de la estructura normativa correspondiente. En suma, no siempre será uniforme el *modo* y el *alcance* de la participación del ciudadano, ni se trata de restar responsabilidades a la autoridad. Por otra parte, respecto de la igualdad, esta supone el trato imparcial y neutral a los ciudadanos conforme a la ley y a lo que es justo y equitativo en cada caso.⁵¹ Pero lo que es conforme a la ley y justo en cada caso no se determina *a priori*, en el puro ámbito de las ideas, pues la igualdad, en abstracto y por sí sola, no dice nada. La igualdad se manifiesta como el *derecho a la diferencia*, pues la persona sólo es idéntica a sí misma y sus necesidades les son

⁴⁹ La Ley de Contratación Pública, dentro de los “procedimientos especiales” que prevé, acusa un grave error de concepto al referirse a la expropiación como una forma de “adquirir bienes inmuebles” por parte del sector público. La expropiación tiene su fuente en una *potestad administrativa* que se ejerce de modo unilateral. Lo convencional está en los acuerdos que *pueden* celebrarse con el particular a efectos, única y exclusivamente, de fijar la indemnización. Sin embargo, estos acuerdos de ningún modo están en la capacidad de derogar la decisión administrativa de expropiar, que viene impuesta al particular, incluso, contra su voluntad. El hecho de que el régimen de expropiación haya sido previsto en una Ley de *Contratación Pública*, no debe llegar a confundir conceptos y concebir a la expropiación como un “contrato forzoso” o algo por el estilo, porque ningún contrato se celebra “forzosamente”, en contra de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁵⁰ Ángeles De Palma del Teso, Op. Cit., Pg. 44.

⁵¹ Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, II, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2001, Pg. 536.

singulares.⁵² Ahora bien, la ley, aunque siempre será fundamento de toda actuación del poder público, no está en capacidad de establecer un modelo estático y rígido de actuación de la autoridad, que sea siempre uniforme y previsor de cualquier situación concreta, sino que muchas veces sus formulaciones son abstractas, generales e *impersonales*. Pero aun así, las necesidades sociales y la misión que el Estado tiene frente a ellas, han determinado para la autoridad un lógico ámbito de discrecionalidad en la apreciación de la realidad y en la definición de las soluciones. Justamente en este punto, la objeción de la igualdad se vuelve contra sí misma, porque a guisa de igualdad no puede dejar de considerarse las *diferencias* de circunstancias y necesidades a las que la Administración debe atender según su función y el deber que tiene frente al bien común. La igualdad exige neutralidad e imparcialidad, pero de aquí no se sigue una propuesta de modelo matemático para el caso concreto, de tal modo que es del todo relativa la objeción que se plantea y sólo plantea un caso hipotético que, más que como un principio de objeción que opere en los fundamentos mismos, deberá observarse en las circunstancias que muestren los casos particulares.

Con estos prolegómenos pasaremos a explicar el régimen jurídico de los actos administrativos consensuales.

2.2.- El artículo 155 del ERJAFE establece lo siguiente:

«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».

Como puede verse, las convenciones a las que alude esta disposición se celebran en el *marco y contexto de un procedimiento administrativo*, esto es, en el *mismo proceso de formación* de los actos administrativos. Esto comporta una nueva visión del procedimiento administrativo, que a su carácter de instrumento de garantía, se le añade la propiedad de medio de composición de intereses relevantes a la decisión final, a través de la participación.⁵³

La norma se encuentra inserta en el rótulo “Terminación Convencional” del procedimiento, pero se observa que dichas convenciones pueden tener, bien la consideración de “finalizadores de los procedimientos administrativos”, bien “insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. En verdad, se trata de casos distintos, en razón del efecto diferente que producen sobre el procedimiento. De una parte, la convención que finaliza el procedimiento iniciado *sustituye* a la decisión final y *funge como resolución*, solo que acordada, por lo que puede tener el contenido y alcance propio de esta, con la misma obligatoriedad que el acto administrativo unilateral. De otra parte, la convención que se inserta en el procedimiento con carácter *previo*, no sustituye a la

⁵² Cfr. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 8ª edición Madrid, Marcial Pons, 2002, Pg. 293.

⁵³ Ángeles De Palma del Teso, Op. Cit., Pgs. 35 y 48.

decisión final, sino que se explica con un carácter *preparatorio de esta*, que puede ser vinculante o no de la resolución. En este último caso, cabe también aclarar que si la convención de carácter preparatorio es *vinculante*, la Administración, evidentemente, habrá ya asumido un compromiso obligatorio respecto de la decisión final, de modo que esta ya estará condicionada por el acuerdo. Si no es vinculante, no podría hablarse de un acto administrativo consensual, pues la Administración conserva totalmente su disposición sobre la decisión final que, en todo caso, sigue siendo unilateral.⁵⁴

Con estas precisiones, y según Luciano Parejo Alfonso, se puede formular la siguiente definición de acto administrativo consensual:

«[...] acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o preparación –en términos vinculantes– de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica».⁵⁵

El acto administrativo consensual, fruto de un acuerdo entre la Administración y otro sujeto de Derecho (público o privado), versa sobre un asunto *concreto y particular*, a igual que el acto administrativo ordinario unilateral. Como ya se advirtió, se producen en el contexto de un procedimiento administrativo de formación de los actos administrativos ordinarios o unilaterales, y suponen el ejercicio de una *potestad administrativa distinta de la reglamentaria*, de modo que están llamados a incidir y producir efectos en una relación jurídica concreta, en una situación jurídica particular o respecto de un asunto singular. Estos caracteres acercan a la figura a la noción general de acto administrativo que hemos expuesto, con la particularidad de que se introduce una variedad *convencional*, como una *alternativa* al acto administrativo unilateral. Sin embargo, como resalta Parejo Alfonso, aquella relación jurídica, situación jurídica o asunto particular, sólo pueden ser de aquellos sobre los cuales la Administración podría en principio proyectar su actividad unilateral.

«En efecto, en la medida en que el artículo 88 LRJPAC (155 del ERJAFE) autoriza la celebración de acuerdos únicamente en sustitución de actos unilaterales resolutorios, no viene a establecer ninguna verdadera e independiente nueva forma de actividad administrativa susceptible de elección por la Administración. En otras palabras, ésta no puede recurrir –en un procedimiento– al pacto, convenio, acuerdo o contrato cuando no esté habilitada para imponer unilateralmente la o las obligaciones a asumir en éste. Ello significa que el acto administrativo consensual sólo puede jugar en las relaciones jurídico – administrativas de subordinación, entendidas como aquéllas cuya regulación concreta es accesible a la Administración pública mediante acto administrativo unilateral, con entera independencia de su contenido sustantivo (y de la naturaleza y eficacia de las posiciones activas que en ellas pueda esgrimir el sujeto ordinario). Queda así fuera de su campo de acción las relaciones jurídicas llamadas de coordinación, en cuyo contexto la Administración opera sin apoderamiento para actuar unilateralmente».⁵⁶

⁵⁴ Cfr. Parejo Alfonso, Op. Cit., Pgs. 740, 945-946.

⁵⁵ Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 944.

⁵⁶ Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 944.

La Administración (en nuestro caso, la Función Ejecutiva, pues el ámbito del ERJAFE se limita a esta) siempre seguirá siendo titular de la potestad administrativa de que se trate y conservará su carácter de autoridad pública. Lo que sucede es que dicha potestad *puede* ejercerse de modo acordado con otros sujetos de Derecho, como una *alternativa* a la decisión unilateral, pero también existe la posibilidad de que se dicte el acto unilateral. Por consiguiente, *en principio*, sin perjuicio de lo que pronto se dirá, la decisión de adoptar una decisión consensuada o unilateral recae en la Administración y tiene carácter *discrecional*, por cuanto el artículo 155 del ERJAFE, por sí mismo, no se confiere al interesado el derecho de optar por la alternativa que comporta el acuerdo. La facultad de celebrar el pacto con otro sujeto de Derecho *es de la Administración*, se la ha conferido a ella, y recae sobre el ejercicio de sus potestades.⁵⁷

Sin embargo, y como antes lo pusimos de relieve, en el Ecuador existen casos en que hay un derecho de los administrados para condicionar las decisiones de la autoridad, de manera que la falta de consulta al grupo interesado puede viciar de ilegitimidad al acto administrativo correspondiente y hacer procedente una demanda de amparo constitucional.

El específico ámbito en que los actos administrativos consensuales se producen, es aquel en el que exista alguna posibilidad de discusión entre la Administración y el administrado, al ser el precepto normativo de aquellos que favorecen una interpretación, definición o valoración de situaciones, al incorporarse conceptos normativos indeterminados o elementos del supuesto de hecho que no tengan una expresión concreta o cuantificable.

«En definitiva, *el acuerdo procedimental tiene por objeto el ejercicio paccionado de la discrecionalidad, entendida esta en sentido amplio; ya se trate de la denominada discrecionalidad interpretativa o de juicio (situada tradicionalmente en el ámbito del supuesto de hecho normativo) o de la discrecionalidad en sentido estricto, también denominada discrecionalidad estratégica o de actuación (referida al campo de las consecuencias jurídicas)*».⁵⁸

⁵⁷ Cfr. Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 949.

⁵⁸ Ángeles de Palma del Teso, Op. Cit., Pg. 247. La doctrina distingue entre potestades regladas, potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados. Explican García de Enterría y Fernández, que las potestades son regladas cuando la ley define completa y agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal complejo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias. Aquí, la Administración Pública se limita a constatar el supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente, sin que en el proceso de aplicación de la Ley haya resquicio al juicio subjetivo, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. Por el contrario, las potestades son discrecionales cuando la Ley incluye una estimación subjetiva de la Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Aquí, la Administración tiene un margen de apreciación sobre algún elemento y existe cierta libertad de elección entre alternativas igualmente justas. Por último, el concepto jurídico indeterminado hace referencia a una realidad, pero de modo impreciso, aunque determinable en el momento de la aplicación a los casos concretos. La Ley que los emplea,

«[...] utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se

Por otra parte, es fundamental resaltar que será la *naturaleza de la potestad* de que se trate la que definirá el alcance y contenido del acuerdo. El mismo margen de apreciación y la extensión de la facultad conferida a la Administración son decisivos para determinar el *cómo del acuerdo*. Sea el caso de la potestad sancionadora. En estos casos, ante la infracción cometida, no puede admitirse acuerdo que exima de la sanción, porque la Administración no tiene disponibilidad sobre ello, pero si esta consiste en una multa, podría, siempre conforme a la ley, establecerse una forma de pago. Por el contrario, frente a una facultad de fomento, la Administración tendría mayor margen de actuación y discusión de las medidas de fomento pertinentes que puedan beneficiar a los empresarios involucrados y a la actividad misma que se trate de fomentar. Por último, cuando es obligatorio consensuar con individuos o grupos, la potestad a ejercitarse determina un amplísimo margen para los acuerdos, en razón de que las mismas decisiones finales deben contar obligatoriamente con los criterios de dichos individuos o grupos.

Los requisitos de estas convenciones, establecidas en el ERJAFE, perfilan su objeto y delimitan su contenido. Son las siguientes: a) Que sean conformes al ordenamiento jurídico; b) Que versen sobre materias susceptibles de transacción; y, c) Que tiendan a satisfacer el interés público encomendado a la Administración. A estos requerimientos de contenido y objeto se suma la exigencia de no-alteración de las mismas y la conservación de las responsabilidades de la autoridad. Por último, se exige el dictamen del Procurador General del Estado, unos requisitos de “contenido mínimo” y la publicidad.

a) La primera exigencia, esto es, la conformidad con el ordenamiento jurídico merece algún comentario, pese a su evidencia. El régimen jurídico de los actos administrativos consensuales *siempre será el Derecho Público*, en atención a que se trata del ejercicio acordado de potestades propiamente públicas, en una relación de subordinación en la cual interviene su titular, la Administración. Por ende, el acuerdo está subordinado al principio de legalidad, de igual forma que lo están los actos administrativos unilaterales, pues dicho acuerdo debe siempre perseguir el mismo fin de la potestad pública de que se trate y acomodarse estrictamente a las previsiones que ordenamiento jurídico establece sobre la potestad. Recordemos que el acto administrativo consensual –sin perjuicio de las precisiones antes anotadas sobre los actos administrativos consensuales obligatorios- normalmente es una *alternativa* a la decisión unilateral, pero no una forma de administrar distinta, de manera que si hay desviación de los fines públicos encomendados o propósitos ajenos a los que se deben procurar con la potestad, habrá causa ilícita.⁵⁹ Serán, en primerísimo lugar, los preceptos constitucionales los que determinen la viabilidad jurídica de cualquier acuerdo y del contenido que debe tener, y más concretamente, los derechos fundamentales de terceros (ello siempre que por mandato de la misma Constitución no sea obligatorio consensuar). Es por esta razón que la publicidad, y aun más, la transparencia y la apertura, serán una exigencia fundamental de los acuerdos.⁶⁰

ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial en el concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso» Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pg. 451-461.

⁵⁹ Cfr. Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 950.

⁶⁰ Ángeles de Palma del Teso, “Las técnicas convencionales en los procedimientos administrativos”, *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2003, Pg. 31.

b) La segunda exigencia es que los acuerdos versen sobre materias susceptibles de transacción, lo cual se vincula con la licitud de objeto. Como ya se advirtió, será el precepto jurídico que ha de aplicarse del cual se podrá deducir cualquier posibilidad de acuerdo, si contiene elementos que permiten interpretación, valoración o definición. Además, la materia misma sobre la que versa el precepto legal es determinante, pues no toda potestad es susceptible de ejercicio convencional, como es el caso de la potestad sancionadora. Por último, como se deduce del numeral 4 del artículo 155 del ERJAFE, de ningún modo podrán los acuerdos derogar competencias ni responsabilidades de la Administración, sobre las cuales no cabe pacto alguno ni resignación.

c) El tercer requisito comporta un elemento absolutamente definitorio del acuerdo procedimental, pues determina que está destinado a satisfacer el *interés público encomendado a la Administración*. Precisamente, se busca que el ciudadano pueda participar en consagración de dicho interés, con el espíritu que anima a un Estado Social de Derecho, habida cuenta que la Administración pública se legitima en el logro del bienestar de los ciudadanos, que de conformidad con dicho espíritu, constituye el patrón de la recta y buena administración. Como ya se advirtió, el acuerdo debe coincidir y ser conforme con los fines para los cuales el ordenamiento jurídico otorga la potestad a la Administración. Pero en muchos casos, y como se advirtió al momento en que se citaron disposiciones constitucionales que consagran el derecho de consulta en varios casos, dichos fines, y el interés público a servir, se definen íntimamente por el mismo grupo de que se trate.

d) El ERJAFE dispone que los acuerdos habidos en el procedimiento administrativo no alterarán las competencias ni resignación de responsabilidades. Por mandato de la Constitución, como se deduce de los artículos 119 y 120, el ejercicio de las competencias es irrenunciable y obligatorio. La prohibición del ERJAFE no alcanza solamente al ente administrativo que será parte de la convención, sino introduce también una exigencia de respeto a las competencias que pudieren tener sobre el mismo asunto o materia otras administraciones públicas, como los municipios, provincias o entes de control. Justamente en este aspecto, resalta la disposición del artículo 119 de la Constitución, cuando establece que las instituciones del Estado deben coordinar sus acciones para la consecución del bien común, norma que implícitamente derogaría cualquier intento de invadir la esfera de otros entes sin la debida armonización. Por otra parte, la prohibición de resignar responsabilidades es algo propio del régimen de Derecho Público que rige al acuerdo y de la observación de que la Administración conserva la titularidad de sus potestades, sin que la técnica convencional tenga la particularidad de modificar el régimen y propósito que las guía.⁶¹

e) El ERJAFE establece un “contenido mínimo” de los acuerdos, a saber, la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia. Además, se exige la publicación “según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados”. Estos requisitos, al parecer de forma, traen implícita una particular problemática sobre la legitimación y alcance subjetivo de los acuerdos.

El artículo 184 del ERJAFE determina quienes están legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo.⁶² Como la lectura de esta norma lo descubre, en muchas

⁶¹ Cfr. Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 957.

⁶² ERFAJE:

ocasiones un acto de la autoridad, aunque parezca limitado a la esfera individual, puede afectar a terceros. También puede tener alcance general respecto a un grupo o incidir en el mismo. Como están legitimados terceros o grupos para intervenir en el procedimiento administrativo, también es menester que si el acto administrativo consensual puede afectarles, la Administración cuente con todos los interesados, aunque no hayan iniciado el procedimiento. Sin embargo, no cualquiera podría intervenir, pues se precisa legitimación sustentada en un derecho subjetivo que puede ser vulnerado o en lo que se llama “interés legítimo” respecto del resultado del procedimiento. Contar con terceros que pueden verse afectados es una exigencia de validez del acuerdo, acorde con las exigencias del debido proceso que hacen posible la debida contradicción, y una razón de conformidad con los fines que persigue la participación en los procedimientos, en aras de componer los intereses implicados.⁶³

Sin embargo, es distinta la necesidad de dar audiencia a todos los interesados y la necesidad de que suscriban el acuerdo *todos los* que comparecieron al procedimiento. Una cosa es la debida contradicción que debe mantenerse en el procedimiento, otra la calidad de parte del acuerdo. El tercero o grupo ajeno a la relación jurídica principal y que no vea afectado su derecho (o interés legítimo) puede abstenerse de suscribir el acuerdo, sin que ello obste a su validez.⁶⁴

El acuerdo, por lo demás, puede celebrarse con individuos, grupos u otras administraciones públicas (que mantengan algún aspecto de subordinación a la Función Ejecutiva). De ahí que se precise indicar el ámbito personal, funcional o territorial del acuerdo, requisito este que determinará la necesidad de publicación.⁶⁵

La forma escrita, por otra parte, se impone como requisito de *eficacia*, pero el acuerdo se perfecciona por el consentimiento de las partes, y en este sentido, valga la redundancia, tiene carácter consensual. El ERJAFE no contiene otra exigencia sobre el perfeccionamiento del acuerdo, por lo que debería entenderse este carácter.⁶⁶

«El acuerdo procedimental se perfecciona y, por tanto, existe y es vinculante desde el momento en que el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento decide prestar su consentimiento y aceptar la propuesta de acuerdo. Sin embargo, la eficacia del acuerdo de terminación convencional queda demorada hasta el momento de la *formalización por escrito*. Una vez formalizado, el acuerdo produce los mismos efectos que hubiera producido la resolución unilateral del procedimiento. Esta

«Art. 184.- Capacidad de obrar.- Se consideran legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos;
- b) Cualquier ciudadano que inicie, promueva o intervenga en el procedimiento administrativo alegando la vulneración de un interés comunitario, en especial, la protección del medio ambiente;
- c) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y,
- ch) Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses sociales y económicos en tanto tengan personalidad jurídica».

⁶³ Cfr. Ángeles De Palma del Teso, Pg. 324-326.

⁶⁴ Cfr. Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 952.

⁶⁵ Ángeles De Palma del Teso, Op. Cit., Pg. 392-400.

⁶⁶ Luciano Parejo Alfonso, Op. Cit., Pg. 944.

formalización documental no tiene carácter constitutivo. El acuerdo se perfecciona y es válido en el momento en que el órgano competente para resolver acepta la propuesta de acuerdo, la forma escrita es un *simple requisito de eficacia*.⁶⁷

La forma escrita, por otra parte, opera como un mecanismo de prueba que, de prescindirse, dificultará en caso de discusión la constancia del acuerdo. Además, la forma escrita permite publicitar y hacer transparente la convención.⁶⁸

Por último, el acuerdo está supeditado a un plazo de vigencia, que estaría dado según las posibilidades que el asunto planteo. En todo caso, la no-disponibilidad de las competencias y la conservación de las responsabilidades que tiene la Administración operan como determinantes de la duración temporal del acuerdo.

f) El ERJAFE exige el pronunciamiento del Procurador General del Estado, “según los casos” en que su dictamen sea necesario. De la lectura de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado podría observarse que el dictamen del Procurador sería necesario en los acuerdos que finalizan procedimientos administrativos de impugnación (artículo 5 literales c y f). Pero resulta un postizo acudir a dicha Ley para otro tipo de actos administrativos consensuales, porque hay referencias expresas al régimen de contratación pública que rige a nuestro país, que no es conforme con la figura que nos ocupa. Este es el resultado de la simple copia de disposiciones extranjeras sin el debido entendimiento de los conceptos y sin mayor meditación sobre su acomodamiento a la situación del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Al decir el ERJAFE “según los casos”, habría que meditar seriamente sobre si el requisito no se aplica a uno solo: el del artículo 5 literales c) y f) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en todos los casos en que haya litigio. El acto administrativo consensual, como nos consta, no se limita al ámbito de la finalización de procedimientos, concretamente a los de impugnación, y no constituye un contrato sometido a la Ley de Contratación Pública y a sus procedimientos, de modo que prácticamente en la celebración de los acuerdos propios de la figura que nos ocupa casi en nada tiene que ver el Procurador General del Estado.

2.3) La exposición que antecede merece tener en cuenta un aspecto adicional. En su formulación teórica pueden verse unos cimientos sólidos y bien estructurados, pero ¿qué sucede en las posibilidades de su aplicación práctica, más concretamente, respecto del caso del Ecuador?

Es necesario poner de manifiesto que el artículo 155 del ERJAFE –como casi toda su regulación que inicia en el artículo 100- es copia textual del artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, sólo que esta Ley alude al “Consejo de Ministros” y a sus competencias.⁶⁹

⁶⁷ Ángeles de Palma del Teso, Op. Cit., Pg. 390.

⁶⁸ *Ibidem*, Pg. 388.

⁶⁹ Nótese la copia textual, pues el artículo 88 de la ley española dice lo siguiente:

«**Art. 88. Terminación convencional.**

Jean Rivero, refiriéndose al fenómeno de la imitación de modelos extranjeros en el Derecho Administrativo, utiliza el descriptivo término del “trasplante” que al incorporarse al “órgano” puede dar lugar a un “rechazo”. En el Derecho Público, como observa este autor, la imitación de modelos extranjeros está muy condicionada por su mismo ámbito, que se determina por las situaciones sociales y políticas en donde el modelo imitado va a venir a regir. Recordemos que al Derecho que nos ocupa se le acompaña el significativo término de *público*, muy a diferencia de las regulaciones aplicables a lo privado en las cuales el modelo imitado puede tener significativo éxito, pues en lo *público* la misma realidad social y política, sumada a las estructuras administrativas, pueden salir por sus fueros y determinar el categórico “rechazo”, manifestado en la total inoperancia de la solución postiza.⁷⁰ El comentario es toda una invitación al realismo que tanta falta hace en nuestro país, en donde hay un ingenuo voto de confianza hacia lo extranjero, como si no pudiésemos arbitrar soluciones nacionales.

Sin embargo, sin perder de vista todo lo cierto que tiene la advertencia de Rivero, vale atenuarla y adecuarla al caso que nos ocupa, pero detectando, eso sí ineludiblemente, los aspectos de las posibilidades *ecuatorianas* y de la problemática que nuestro país añade a la puesta en práctica de los actos administrativos consensuales.

En primer término, y como ya tuvimos la oportunidad de advertir, la doctrina nacional ha señalado la necesidad de la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones de la autoridad. La búsqueda de eficacia y eficiencia en los *resultados* de la actividad administrativa es imperiosa en un país en donde la inversión social debe ser idónea, y al menor costo posible. La técnica, de ningún modo estaría en pugna con las necesidades nacionales, sino, todo lo contrario, permitiría legitimar las decisiones de la Administración y favorecer la calidad de las mismas, teniendo en cuenta que nuestro país tiene una base social disímil, de desarrollo inequitativo, y con unos requerimientos particulares a los diversos grupos que integran nuestra sociedad. La Administración tiene la ineludible tarea de acomodarse a esa realidad y atender debidamente a esas exigencias.⁷¹ Del lado de los

1. Las Administraciones Públicas podrán 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.

2. 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.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. 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 relativas al funcionamiento de los servicios públicos». Juan Alfonso Santamaría Pástor, *Derecho Administrativo, normas básicas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, Pg. 481.

⁷⁰ Jean Rivero, *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis – Universidad del Rosario, 2002, Pgs. 137-150.

⁷¹ En este punto es preciso recordar, conforme indica Luis Hidalgo López, que la Contraloría General del Estado detectó en el año 2003 un dispendio de *doscientos cincuenta millones cuatrocientos ochenta y seis mil*

principios, el Ecuador constituye un Estado Social de Derecho, y como hemos visto, pese a las incongruencias constitucionales, la participación es exigencia de muchas disposiciones y, en ciertos casos, se precisa, incluso, como obligatoria.

Los aspectos desfavorables que muestra nuestra situación, no se presentan del lado de los principios, sino del lado de las estructuras y de la inercia legislativa. En primer lugar, se destaca el carácter del instrumento que los incorpora y su mismo alcance, sumado al hecho de que fruto de una copia de la legislación española. El ERJAFE es, ante todo, un *reglamento autónomo*, digan lo que digan los defensores de aquello de la “ley delegada”.⁷² Este carácter del ERJAFE muestra su intrínseca precariedad y la acusada inestabilidad de sus normas, fácilmente reformables o suprimibles, lo cual, como es fácil de comprender, condiciona la posibilidad de tener actos administrativos consensuales. Por otra parte, el ámbito limitado del instrumento, aplicable sólo a la Función Ejecutiva, deja sin cimiento normativo a los acuerdos que podrían celebrar, sin objeción de principio, los municipios, provincias, administraciones territoriales u otros órganos administrativos, que *precisamente son los organismos que deberían propiciar la participación ciudadana*, y que pese a las disposiciones de la Constitución, todavía se ciñen a normas altamente autoritarias, como la Ley de Régimen Municipal. Todo ello, en contraste con la moderna norma española que se aplica a *todas* las administraciones públicas, pues la vocación de la ley correspondiente es de establecer un régimen jurídico de procedimiento común.

En este último punto cabe otra observación fundamental: la dispersión de normas y de procedimientos, toda la aguda deficiencia de nuestra legislación administrativa y hasta la falta de coherencia y de actualización con los preceptos constitucionales. Definitivamente, sin una legislación homogénea, producto de la uniformidad de criterios reunidos en un cuerpo normativo único y congruente con la Constitución, de rango legal y debidamente concordado entre sí, los actos administrativos consensuales son casi una aspiración, como es también una aspiración el desarrollo de nuestro Derecho Administrativo. A ello se suma las estructuras administrativas caducas, desorganizadas y arcaicas, sin dejar de contar con la idiosincrasia y la falta de preparación de los funcionarios públicos. La Administración Pública debe ser objeto de una profunda y decisiva reforma, desde el aspecto normativo que la rige, hasta el estructural y operativo, para lograr la añorada eficacia y eficiencia. Es en este nuevo diseño en donde el derecho de participación y todo el contenido que implica revelarán sus posibilidades prácticas.

dólares americanos, que asombrosamente sólo en una parte resultaron ser obra delincencial de los corruptos, y en su mayor medida se debieron, precisamente, a proyectos innecesarios o a la negligencia e indebida administración de los recursos económicos. He ahí la falta de eficacia y eficiencia que podría solucionarse con la participación ciudadana en la definición de lo que verdaderamente es necesario en atención al interés general. Ver al respecto, Luis Hidalgo López, “Autoridades públicas, delincuentes y cuasidelincuentes”, Lexis S.A., carta del mes de abril de 2004.

⁷² Si sobre su origen y carácter de “ley delegada” se podía polemizar en los tiempos en que se expidió la Ley de Modernización, actualmente no queda duda sobre su carácter reglamentario, pues es exacta la disposición constitucional en que se sustenta (artículo 171 numeral 9). Incluso los más decididos defensores de la “ley delegada” admiten que actualmente el ERJAFE es un reglamento autónomo. Así, Jorge Zavala Egas dice: «El ERJAFE, actualmente en vigencia [...], precisamente, se expidió ejerciendo la atribución prescrita en el No. 9 del Art. 171 de la Constitución, así lo declara en forma expresa. Luego, la inevitable conclusión es que se trata de un Reglamento autónomo». Jorge Zavala Egas, *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, 2003, Pg. 270.

Por último, recordando la advertencia de Rivero –que es aplicable también a todos los aspectos desfavorables apuntados- aquella copia inconsulta e inconsciente que se ha hecho de la legislación española. El artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España se explica en *todo el contexto normativo del ordenamiento jurídico español*, de tal forma que la figura encuentra muchas concordancias y, sobre todo, la legislación sectorial empieza a recogerla en sus disposiciones. Además, cabe poner de manifiesto que muchos problemas de interpretación y de lagunas se solventan acudiendo a otras leyes que componen dicho ordenamiento. Obviamente, de dicho contexto carece el Ecuador, por lo que bien vale pensar nuevamente en la necesidad de adoptar una legislación común sobre el Derecho Administrativo, eso sí, con el debido diseño nacional.

Este diseño, debe tener presente la configuración social de nuestro país y las necesidades propias del mismo, lo cual impone al mismo tiempo cambios estructurales y de procedimiento administrativo, *juntos inseparablemente*, tanto en lo orgánico como en lo operativo. Justamente ahí cabe el derecho de participación, acomodado a la idea de una Administración descentralizada, a las necesidades particulares de lo pluricultural y multiétnico, al gobierno participativo y democrático, a las diferencias de los grupos y sociedades menores, a los derechos de los grupos vulnerables.

Definitivamente, la Constitución ha impuesto un reto, tanto al Legislador como a la Administración Pública ecuatoriana, que todavía no se deciden a emprender.

3) Requisitos sustanciales de los actos administrativos.-

Los requisitos sustanciales de los actos administrativos constituyen auténticas condiciones de validez de los mismos. En el análisis de dichos requisitos se pueden observar las exigencias que imponen las disposiciones legales y los presupuestos de legitimidad para que el acto pueda reputarse conforme con el Derecho.⁷³ Tales condiciones de validez indican el momento anatómico y fisiológico de los actos administrativos; mientras que la invalidez atiende a sus patologías; y, por último, la eficacia mira a las condiciones que se precisan para la producción de efectos.

Los requisitos sustanciales de los actos administrativos pueden clasificarse en subjetivos (competencia e investidura del titular); objetivos (presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin); y, formales (procedimiento y forma).

3.1.- Elementos subjetivos.

3.1.1) Competencia e investidura del titular.

La competencia es el conjunto de funciones que una persona pública u órgano administrativo puede legítimamente ejercer. El concepto de competencia determina la

⁷³ Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pgs. 69-70.

medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada ente u órgano administrativo. Es su *aptitud legal de obrar*.⁷⁴

La competencia administrativa gira en torno a los siguientes principios, según Dromi:⁷⁵

- a) Debe ser expresa, es decir, fundamentada en manifiestas previsiones normativas;
- b) Es improrrogable o indelegable; y,
- c) Es irrenunciable, es decir, indeclinable.

El primer principio implica que la competencia no se presume, sino que debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.⁷⁶

El segundo principio, que determina que la competencia es improrrogable o indelegable. Sin embargo, este principio sufre excepción cuando la norma en que se funda la competencia o una más general, permite la descentralización, la delegación o la avocación. En caso contrario, cuando la norma establece que la competencia es exclusiva, no caben dichos procesos.

Por último, la competencia es indeclinable, pues su ejercicio constituye una obligación de la persona u órgano público.

Los criterios sobre los cuales se distribuye y construye la competencia administrativa son la materia, el territorio, el grado y el tiempo. Según la materia, la competencia precisa una índole de asuntos que puede conocer un órgano o ente público. Según el territorio, la competencia indica el ámbito espacial en que debe ejercerse. Según el grado, la competencia se distribuye entre los órganos de un mismo ente, de conformidad con su jerarquía. Por último, según el tiempo la competencia puede ser permanente, temporaria o accidental, y señala el criterio de oportunidad temporal del ejercicio de la función.⁷⁷

3.1.2.- Junto a la competencia del órgano, se exige la legal investidura de su titular según las previsiones del derecho positivo. Lo normal es el nombramiento y la posesión.⁷⁸

El requisito de investidura del titular, si bien en ciertos casos puede ser determinante de la misma existencia del acto administrativo –por ejemplo, la glosa tributaria emitida por el conserje-, tampoco puede siempre ser considerada como determinante de la absoluta nulidad o inexistencia del acto administrativo, como por ejemplo, la absolucón de una consulta tributaria, que pese a su conformidad con la ley, la hizo un funcionario que todavía no se posesiona legalmente o cuyo nombramiento luego resulta inválido.

En este tema tienen especial trascendencia la buena fe y la seguridad jurídica, pues la apariencia del título y la confianza que es capaz de despertar en los particulares determinarán que el acto administrativo se mantenga, como si fuese dictado por un

⁷⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, Pg. XII-7-8.

⁷⁵ Roberto Dromi, *Op. Cit.*, Pg. 255.

⁷⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, Pg. XII-9.

⁷⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, XII-18.

⁷⁸ José Antonio García-Trevijano Fos, *Op. Cit.*, Pgs. 126-127.

funcionario con cabal investidura. García-Trevijano Fos explica que en el Derecho Romano existió el caso de Barbario Felipe, esclavo que obtuvo el cargo de pretor y de quien emanaron diversos actos que, no obstante la prohibida investidura, se mantuvieron como válidos. De igual forma, indica el mencionado autor, que en el Derecho Canónico existe la figura del “título colorado”, en virtud del cual se da validez y eficacia a los actos dictados por quien no era titular de un oficio eclesiástico. En el Derecho Administrativo interesa determinar, según las circunstancias del caso, si objetivamente los administrados pudieron creer razonablemente en la calidad del funcionario, pese a la irregularidad (e incluso, ilegitimidad) de la investidura. Si el título, aunque inválido, era capaz por sí mismo de determinar una *suficiente apariencia*, es necesario conservar los actos administrativos del funcionario de facto o del usurpador.⁷⁹

3.2.- Elementos objetivos.

3.2.1.- Presupuesto de hecho.- El acto administrativo, como ya tuvimos la oportunidad de manifestar, es expresión del ordenamiento jurídico, en el sentido ya apuntado de subordinación al Derecho y manifestación de cabal juridicidad como postulados determinantes de la actividad de la Administración. Es el ordenamiento jurídico, por tanto, el que precisa los supuestos fácticos o presupuestos de hecho en que tal actividad procede, al tiempo que expresa sus límites y efectos. El presupuesto de hecho, como indican García de Enterría y Fernández, es siempre un elemento reglado del acto, aun en los casos de facultades discrecionales, pues proviene directamente la ley como condicionante de toda la actividad administrativa y como justificación de los actos administrativos que se dicten en ejercicio de las facultades que se confieren. De esta manera, si el presupuesto de hecho no se constata en la realidad, el ejercicio de dichas facultades, expresado en los actos administrativos correspondientes, no estaría autorizado.⁸⁰

Por lo demás, el presupuesto de hecho puede expresar una situación material perfectamente objetivable, como por ejemplo, la edad en cuanto condición para otorgar una jubilación, o la existencia de una vacante, a efectos del nombramiento del funcionario. Pero también puede referirse a situaciones más complejas o ambiguas, cuya determinación exija utilizar conceptos de valor o experiencia, como por ejemplo, la urgencia, el peligro, la alteración del orden público, etcétera.⁸¹

3.2.2.- Finalidad.- La actuación de la Administración Pública siempre tiene su guía en los objetivos que el ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, define al conferirle sus facultades. Tales objetivos, en suma, se resumen en el servicio al interés general, de tal forma que se tienen el común denominador de ser fines públicos. Sin embargo, también pueden precisarse según la índole de las facultades o la materia a las cuales se aplica, como en el caso de la facultad determinadora que tiene por objetivo establecer la existencia del hecho generador, la base imponible y la cuantía del tributo. El acto administrativo en cuanto traduce el ejercicio de una facultad administrativa, debe servir al fin típico para el cual esta ha sido conferida e incurrirá en el vicio de *desviación de poder* si de dicho sustento teleológico se aparta.⁸²

⁷⁹ *Ibidem*, Pgs. 127-128.

⁸⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Op. Cit.*, Pgs. 536-537.

⁸¹ *Ibidem*, Pg. 537.

⁸² *Ibidem*, Pg. 538.

«En la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad, con las siguientes modalidades: 1. *Fin personal*, cuando el acto ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.). 2. *Fin extraño*, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo, si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contrata con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato. 3. *Fin administrativo distinto al de la ley*, cuando se protege un interés de carácter general pero diverso de aquel querido por la ley de la función. Este es un caso bastante común de desviación de poder. El funcionario imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado. Por ejemplo, al aplicar el mayor número de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas sino para obtener fondos para la comuna, o usa de las facultades que le confiere el estado de sitio para fines comunes de control de la moralidad u otros fines».⁸³

Por otra parte, y como lo denota Héctor A. Mairal:

«Vinculado con esta noción se ha ido configurando otra infracción: *la desviación de procedimiento* que existe cuando dos normas distintas permiten a la Administración llegar al mismo resultado, pero mediante procedimientos diferentes y ajustados, en cada caso, a las finalidades específicas de cada norma. Ocurre entonces que “en lugar de perseguir el fin que ella se propone y observar el procedimiento de la legislación respectiva, la Administración, para eludir ciertas formalidades que le molestan, afecta tener otro fin y elige deliberadamente el procedimiento más simplificado que a dicho fin corresponde [...]».⁸⁴

El autor citado pone como ejemplo el caso del prefecto de Argelia, quien actuando con instrucciones ministeriales, ordenó el secuestro de la totalidad de ediciones de diversos periódicos fundándose en la norma del Código de Procedimientos Penales que permite a los prefectos llevar a cabo personalmente todos los actos necesarios para comprobar los delitos contra la seguridad interna del Estado, pero no se imputó finalmente delito alguno de ese tipo, se trató en realidad de una medida administrativa destinada a prevenir disturbios; por ende, al descartar el procedimiento previsto por otras normas relativas al restablecimiento del orden en Argelia y recurrir al procedimiento referido se incurrió en exceso de poder.

3.2.3.- Causa.- Al hablar de causa de los actos administrativos se alude a la efectiva *congruencia* que estos deben tener con el fin que la norma jurídica ha establecido al otorgar la respectiva facultad que ejercita la Administración. En la expropiación forzosa, por ejemplo, la Constitución exige la justificación en “fines sociales” (*causa expropriandi*), lo cual impone que el bien expropiado efectivamente sea destinado al servicio colectivo. Si sucede lo contrario, esto es, si el bien expropiado se destina a fines particulares o

⁸³ Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Pg. 474.

⁸⁴ Héctor Mairal, *Control Judicial de la Administración Pública, II*, Buenos Aires, Depalma, 1984, Pg. 611.

simplemente no se destina a fin alguno, habrá ilicitud del acto administrativo expropiatorio por carecer de causa.⁸⁵

En esta noción de causa, propia de un acto jurídico de Derecho Público, puede verse presente el postulado de heteronomía de la voluntad que diferencia al acto administrativo y el negocio jurídico del Derecho Privado. Como anotan García de Enterría y Fernández, el acto administrativo es precisamente un acto jurídico nominado, tipificado por la Ley, en cuanto es fruto del ejercicio de potestades tasadas y especificadas por el ordenamiento y no de un abstracto y general principio de autonomía de la voluntad. En dicho no se expresa un poder virtualmente ilimitado de configurar regulaciones preceptivas, sino que se limita a actualizar previsiones legales específicas y típicas, las cuales portan en sí su propia causa, cuya efectividad y realidad, por ello, es lo único que resulta exigible.⁸⁶

3.2.4.- Los motivos y la motivación.- Los motivos del acto administrativo son aquellas *razones objetivas* que han sustentado la expedición del mismo. Como hemos insistido a lo largo de este trabajo, aquellos motivos no pueden ser marginales al derecho, ni interesan en relación con las intencionalidades subjetivas del funcionario. En los motivos deben aparecer, por una parte, la *realidad* del presupuesto de hecho que ha sido previsto por la Ley, y por otra parte, el *elemento teleológico* que guía a la actividad administrativa y a cuyo *servicio y realización efectiva* se somete el acto.⁸⁷

Esta es la justificación del requisito de motivación, esto es, de la expresión, en forma de un *juicio lógico*, de los motivos de hecho y de derecho que han determinado que se dicte el acto administrativo. Generalmente, como advierte García-Trevijano Fos, se ha considerado a la motivación como un requisito formal, pero desde el momento que se aprecia su función propia, cabe destacarla como requisito sustancial que no se cumple con cualquier fórmula convencional. En efecto, la motivación indica externamente la configuración jurídica misma del acto administrativo, esto es, el presupuesto de hecho, su causa, motivo y fin. De ahí que cumplir con tal requisito sea un sinónimo de proscripción de la arbitrariedad, pues impone justificar debidamente el acto administrativo.⁸⁸

La Constitución de la República contempla el requisito de motivación en el numeral 13 del artículo 24, dentro del contexto de las garantías que exige el derecho al debido proceso. Por su parte, el artículo 103 numeral 2 del Código Tributario establece la motivación como deber sustancial de la Administración Tributaria. De igual modo, el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado dispone que todos los actos emanados de los órganos del Estado deberán ser motivados, y el artículo 20 de su Reglamento de aplicación califica al acto inmotivado como violatorio de ley, o lo que es lo mismo, nulo absolutamente. En similares términos se expresa el artículo 122 del ERJAFE.

⁸⁵ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pgs. 538-539; Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pg. 74.

⁸⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pgs. 538-539.

⁸⁷ *Ibidem*, Pg. 540.

⁸⁸ Cfr. José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pg. 149.

3.2.5. Contenido.- El contenido es la declaración que el propio acto incorpora y realiza, lo que la Administración decide efectuar a través del mismo.⁸⁹ Es lo que dice, manda, autoriza, constata.⁹⁰

«El contenido debe ser ajustado a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y adecuado al fin del acto [...]. El contenido debe ser, pues, lícito, esto es, conforme a la legalidad; razonable, de acuerdo a lo que se propone; posible, en cuanto que elementales imperativos de eficacia hacen que un acto no pueda tener una características tales que lo conviertan en inviable. Todo ello tiene trascendencia para poder apreciar la existencia de posibles vicios de contenido, irrazonabilidad del acto, desproporcionalidad en la elección de medios, etc.». ⁹¹

El contenido del acto puede ser esencial, natural o accidental. Contenido esencial, que es aquel que siempre y en cualquier caso debe acompañar al acto administrativo, puesto que sin ello el acto carecería de virtualidad y de propia existencia. Por ejemplo, en las autorizaciones municipales de construcción se debe expresar si se permite o no construir, caso contrario, el acto es vacío e intrascendente. Contenido natural, que viene dado por aquello que aun sin expresa mención en el acto administrativo, se considera que es connatural al acto en sí. En el ejemplo propuesto, la autorización para construir lleva implícita la obligación de sujetarse a las normas de las ordenanzas municipales. Contenido accidental, esto es, aquel que sólo se toma en consideración cuando expresamente se introduce por la Administración, como es el caso de la condición, el modo o el plazo.⁹²

Como ya se advirtió, el contenido del acto debe ser conforme a derecho, no sólo al texto de las normas, sino también a los principios que orientan el ordenamiento jurídico, pues el acto administrativo no sólo debe ser legal, sino legítimo. Bocanegra Sierra destaca al respecto los siguientes requisitos:⁹³

a) Respeto a los derechos fundamentales y a los principios generales del derecho;

b) Sometimiento al principio de proporcionalidad, lo que resalta una exigencia de equilibrio y ajuste a los resultados que se tratan de obtener, a más de un requerimiento de idoneidad y necesidad. Una medida será idónea cuando se acomoda al fin que se persigue y es necesaria cuando no hay otros medios más adecuados para alcanzar el fin y menos gravosos para el destinatario o la comunidad;

c) Vinculación al principio de determinación o precisión, que impone contar con un contenido preciso y consecuente, de forma que el destinatario pueda conocer sin duda qué es lo que la Administración ha aclarado en aras de la seguridad jurídica;

d) Posibilidad, tanto en lo jurídico como en lo fáctico, a lo cual se suma una exigencia de coherencia interna y de congruencia lógica.

⁸⁹ Ramón Martín Mateo, Op. Cit., Pg. 321.

⁹⁰ García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pg. 141.

⁹¹ Ramón Martín Mateo, Op. Cit., Pg. 320.

⁹² Ibídem, Pgs. 320-321.

⁹³ Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pgs. 76-77.

3.2.6- Objeto.- El objeto del acto es la cosa, la actividad, la relación o situación jurídica a la cual se refiere o sobre la cual versa su contenido. En general, se puede decir que todo cuanto puede ser objeto de las relaciones de derecho público (bienes públicos y patrimoniales, actividades positivas y negativas) o materia sobre la cual la Administración tenga una competencia, puede constituir el objeto de los actos jurídicos de la administración pública.⁹⁴ El objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable.

3.3. Elementos formales. Forma y procedimiento.

El procedimiento administrativo es el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término, y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego.⁹⁵

Como indican García de Enterría y Fernández, tal procedimiento regula simultáneamente:⁹⁶

- a) Una actividad administrativa determinada para llegar a la fijación del supuesto de hecho del que hay que partir, por ejemplo, el sumario administrativo en el cual se determinará si existió o no una infracción de parte del funcionario;
- b) La participación de una pluralidad de sujetos o de órganos que tienen la función de ilustrar un aspecto determinado de la cuestión a decidir. Por ejemplo, el dictamen del Procurador General del Estado en los contratos administrativos, una auditoría contable, etc.;
- c) La necesidad de adoptar unas formas de actuación, como es el caso de la licitación pública o la contratación directa; el concurso de méritos y oposición para ocupar una vacante, etc.;
- d) La participación de las personas que tienen o deben tener necesariamente la condición de partes en el procedimiento.

A estas funciones se suma el papel de instrumento de composición de intereses y de participación activa de los ciudadanos en el ejercicio de las potestades públicas, como ya advertimos anteriormente.

La forma de documentación de los actos administrativos es por antonomasia la escrita. Esto responde a muchas necesidades, principalmente, la de certeza y la de valoración de los fundamentos expuestos en la motivación,⁹⁷ a más de que la forma escrita es idónea para cumplir con la notificación y publicación, las exigencias de registro y constancia, y porque permite que la autoridad ejecute los actos, habida cuenta que la forma escrita permite conocer el alcance y contenido de lo que se ejecuta.⁹⁸

⁹⁴ Guido Zanobini, Op. Cit., Pgs. 314-315.

⁹⁵ Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pg. 78.

⁹⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pg. 545.

⁹⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, Pg. X-8.

⁹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pg. 547.

Nótese que hablamos de forma de documentación de los actos administrativos, esto es, de su constancia, y no necesariamente de su producción. Por lo general, los actos administrativos se producen por escrito, cuando se redacta en un documento la decisión en que consisten. Así, la resolución de un recurso administrativo. Sin embargo, el artículo 123 numeral 2 del ERJAFE contempla la posibilidad de unos actos administrativos expresados verbalmente, aunque impone también la necesidad de que el funcionario que recibió la disposición la sustente por escrito. A más de ello, y como destacan García de Enterría y Fernández, existen los acuerdos de los órganos colegiados, cuyos actos administrativos se producen generalmente luego de la moción, votación y acuerdo mayoritario de sus miembros, para posteriormente constar lo decidido en la respectiva acta y en el documento correspondiente. En todos estos casos, pueden haber actos administrativos producidos verbalmente, pero siempre debe existir constancia escrita.⁹⁹

También hemos dicho que la forma de documentación es escrita es la que corresponde por antonomasia, por regla general. No obstante, pueden también existir, siempre que el ordenamiento jurídico expresamente lo permita, actos administrativos que se queden en su forma verbal. Por ejemplo, la sanción disciplinaria de arresto que el superior impone al inferior en los casos de militares y policías, sanción que luego constará en la hoja de vida del sancionado, aunque pueda ser impugnada conforme a las normas que rigen a las respectivas instituciones. De igual manera, las circunstancias prácticas exigen que muchos actos administrativos se expresen verbalmente, pues de lo contrario dejarían de ser oportunos y eficaces. Por ejemplo, el impedimento de que se circule por una vía por causa de peligro. Junto a estas formas de manifestación, se admiten también que actos administrativos también se expresen mediante signos o señales, como es el caso de rótulos y símbolos del tráfico.

La observancia de la forma es un requisito de validez del acto administrativo, pero el ordenamiento jurídico no contempla iguales efectos a su trasgresión. En algunos casos, las normas son de tal modo preceptivas en exigir unas formalidades que estas constituyen requisitos esenciales para la validez del acto, de modo que la violación de forma acarrea la nulidad absoluta. Así, los artículos 81 y 103 numeral 2 del Código Tributario, que imponen la forma escrita a todo acto administrativo tributario y concibe como un deber sustancial de la Administración el consignar de dicha forma los resultados de las verificaciones que realice. Esto guarda relación íntima con el deber de motivar. En otros casos, el ordenamiento permite una apreciación del resultado que produce la violación de forma para determinar la invalidación o no invalidación del acto administrativo irregular, de manera que existen posibilidades de conservación del mismo. Así, el artículo 139 numeral 2 del Código Tributario que liga la invalidación a la existencia de un resultado de indefensión o a una influencia determinante sobre el sentido de la decisión. De igual modo, el ERJAFE expresa que el vicio de forma produce anulabilidad si el resultado es la carencia de requisitos indispensables para lograr el fin del acto o si se ha producido indefensión. Las irregularidades que no produzcan estos efectos, no invalidan el acto y pueden ser subsanadas, lo cual responde a principios de economía procesal y de tutela del interés público, pues si la decisión o medida que contiene el acto irregular hubiese sido la misma, conforme a derecho y habiéndose cumplido el requisito formal, no es razonable la invalidación.

⁹⁹ *Ibidem*, Pg. 547.

4. Invalidez del acto administrativo.-

La doctrina es pacífica en señalar dos grados de invalidez de los actos administrativos: la nulidad absoluta (de pleno derecho) y la nulidad relativa (anulabilidad). A dichos grados se suma un tercero y polémico: la inexistencia.

En la normativa del Código Tributario y en la del ERJAFE, no encontramos alusión expresa a la inexistencia o a un régimen particular del que se pueda inferir este grado de invalidez. Según García-Trevijano Fos:

«[...] únicamente interesan las categorías jurídicas en tanto en cuanto de ellas deriven consecuencias distintas, pues de lo contrario estaríamos creando un estilismo jurídico separado de la realidad y del fin último del derecho que, al fin y a la postre, es lo único que importa, como afirmaba Ihering.-

«Decimos esto porque el planteamiento que atormenta a la doctrina sobre la triple o doble clasificación de las invalideces es producto de discusiones bizantinas, pues ¿qué consecuencias se derivan de separar inexistencia y nulidad por una parte y anulabilidad por otra? Las consecuencias derivadas de aquella artificial separación son las mismas, luego si no conducen a nada práctico, ¿merece la pena investigar sobre sus notas diferenciales? [...]».

Al respecto, el autor enumera consecuencias que son equiparables, como la carencia de efectos *ab initio*, la imposibilidad de convalidación, la no-prescripción ni caducidad de las acciones, la posible resistencia a la ejecución forzosa, entre otras.¹⁰⁰

En rigor, consideramos que el tema de la inexistencia no debería ser equiparado con el de las nulidades. Hablar de un “acto administrativo inexistente”, como es obvio, indica que tal figura no existe, que se trata de algo más cercano a las situaciones de hecho, que ni siquiera hay apariencia de acto, y por tanto, que no se puede predicar de él una nulidad, ni siquiera por comparación o analogía, porque esto supone que por lo menos hay una figura o carácter de acto administrativo a la cual se pueda imputar un vicio.¹⁰¹ Evidentemente, si no existe la “sustancia”, no se puede hablar de sus “accidentes”, y si se quiere hablar de “acto administrativo inexistente”, el único régimen a aplicarle muchas veces se resume en la indiferencia, por la intrínseca ineptitud para la producción de efectos jurídicos.¹⁰²

¹⁰⁰ José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pgs. 387-388.

¹⁰¹ Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, Pgs. XI-30-31.

¹⁰² Vale tener presentes estos ejemplos de Gordillo en el cual podríamos ver la aplicación de este “régimen de la indiferencia”:

«Quien dicta el acto no es un órgano estatal: el caso del disfrazado, el del “Capitán del Köpenick”, una disposición adoptada por algún “asesor” extraoficial, por un usurpador, etc.-

«Quien dicta el acto es un órgano administrativo competente, pero sin voluntad evidente de producir un efecto jurídico: ejemplos para la enseñanza, bromas, etc.-

«Quien dicta el acto es un órgano estatal actuando con evidente y grosera incompetencia: un profesor adjunto que decida modificar el plan de estudios de la Facultad; una decisión del consejo de una Facultad declarando intervenida a la Universidad; una decisión de la Universidad negando autorización al Poder Ejecutivo para aprobar el presupuesto, etcétera.-

Sin embargo, el tema de la inexistencia plantea no pocas dificultades. Bien pueden presentarse situaciones que den lugar a confusiones por la marcada apariencia de acto, o bien se puede tratar de obtener de un acto aparente alguna consecuencia jurídica. El particular que falsifica el documento que acredita la calidad de policía, e impone una multa de tránsito; un funcionario público que ordena algo imposible, so pena de sanción al subalterno que no cumpla la orden. La inexistencia, en nuestra opinión, se vincula con elementales presupuestos del acto administrativo, con aquello que dice de su ser; la nulidad o los vicios, es próximo a los requisitos. Así, en el caso de la multa impuesta por el particular que hizo creer su calidad de policía, lo que interesa demostrar, para todos los efectos pertinentes, es que no había autoridad pública de la cual pudiese emanar un acto administrativo, y basta con ello para obstar cualquier intento de cobrar la multa. En el caso de la orden de contenido imposible, so pena de una sanción por incumplimiento, cabe distinguir necesariamente lo que comporta la misma orden y lo que comporta la imposición de la sanción. Lo primero, alude a la inexistencia por imposibilidad absoluta de realización como orden, lo segundo constituye un cabal acto administrativo, aunque arbitrario e infundamentado.

4.1.- Nulidad absoluta o de pleno derecho.- La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho de los actos administrativos se origina por un vicio de especialmente grave y manifiesto, capaz de producir la total ineficacia jurídica del acto que lo contiene.¹⁰³ Este grado de nulidad está íntimamente relacionado con el cabal cumplimiento de los requisitos sustanciales de los actos administrativos.

En la normativa del Código Tributario, encontramos referencias a la nulidad de pleno derecho en el artículo 139, cuando se dispone que los actos administrativos «[...] serán nulos y la Autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte [...]», si han sido dictados por autoridad manifiestamente incompetente; o cuando han sido expedidos «[...] con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo». Sin embargo, consideramos que estas no son las únicas causales de nulidad absoluta que puedan aplicarse a los actos administrativos tributarios, pues son aplicables también los criterios de los requisitos sustanciales de todo acto administrativo.

En efecto, a más de la incompetencia manifiesta (como en la resolución de un recurso de revisión por parte de un Director Distrital del SRI), o la indefensión y el vicio esencial de procedimiento, aspectos que atañen al presupuesto de hecho, a la posibilidad de objeto y

«El acto, aún dictado por funcionario competente, es imposible de hecho, absurdo, impreciso, contradictorio. En tales casos no puede cumplírselo y no existe como acto administrativo presuntivamente válido y exigible.-

«El acto es dictado por una autoridad que solamente está fijando su posición en una relación contractual o extracontractual, pero no tiene virtualidad jurídica para alterar el derecho por ejemplo crediticio del particular nacido a resultas de ese vínculo» Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, XI-36-37).

¹⁰³ La doctrina señala que las causas de nulidad absoluta del acto administrativo deben estar tasadas por la ley, pues la regla general es la nulidad relativa que permite convalidar los actos viciados. En la legislación española y argentina efectivamente existen reglas coherentes sobre el tema de las nulidades, las cuales, ante todo, tienen la ventaja de ser comunes. Esto a diferencia de nuestra legislación que es dispersa y poco sistemática.

contenido, a la motivación, a la finalidad o a la causa, son condicionantes de la corrección que debe imperar en el ejercicio de las potestades de la Administración Tributaria. En primer término, en función del principio de reserva de ley que se estatuye en el artículo 4 del Código Tributario, se pueden observar eventuales vicios de nulidad absoluta que podrían proyectarse sobre los actos administrativos derivados de la gestión tributaria. En este aspecto, se observa la operación de los requisitos de existencia del presupuesto de hecho, de la causa, del objeto y contenido, que apuntan a la configuración del tributo y a las obligaciones del contribuyente. Respecto de la finalidad, puede verse que el Código Tributario establece el aspecto teleológico de las facultades de la Administración Tributaria (artículo 67 y siguientes), de modo que estas no podrían usarse para fines distintos para los cuales están previstas, con las consecuencias que la trasgresión podría producir en los actos administrativos correspondientes.

Las consecuencias de la nulidad radical o de pleno derecho son las siguientes:

1) Ineficacia *ipso iure*, es decir, que se origina por sí misma, sin necesidad de sentencia judicial, de modo que los funcionarios y administrados legítimamente podrían desconocer a los actos nulos y resistirse a su cumplimiento, al menos en teoría, porque en la práctica las circunstancias pueden exigir la declaratoria de nulidad absoluta para vencer una posible ejecución o para borrar cualquier apariencia de legitimidad.¹⁰⁴ Sin embargo, del desconocimiento y resistencia de los funcionarios o administrados no podría derivarse ninguna sanción, especialmente si se ven vulnerados derechos o si de la ejecución del acto se atentaría contra el ordenamiento jurídico.

2) No-convalidación. El acto administrativo absolutamente nulo no puede ser objeto de convalidación, pues la gravedad del vicio obliga necesariamente a la extinción de aquel, sin que pueda admitirse ni la conformidad del administrado como mecanismo de sanación, no obstante lo cual, los actos independientes se mantienen válidos y, así mismo, las partes del mismo acto que no adolezcan de vicio, de conformidad con el artículo 31 del ERJAFE. Como destacan García de Enterría y Fernández, los vicios de nulidad absoluta son de orden público, que trascienden el interés individual, y por consiguiente, que imponen la extinción en aras de la regularidad y conformidad con el Derecho. La Administración, por consiguiente, no tendría otra opción que la de declarar nulo el acto viciado, justamente porque está subordinada al derecho, y mal podría tolerar, en contradicción con el principio, que existan actos radicalmente ilegítimos y que admita la posibilidad de sus efectos, cuando el orden jurídico establece su nulidad radical.¹⁰⁵ Esto explica que la Administración pueda, aun de oficio, extinguir el acto y suspender inmediatamente sus efectos, como se prevé los artículos 139 del Código Tributario y 167 y 189 del ERJAFE. De igual forma, el Juez pueda declarar la nulidad aunque no se haya alegado, como se desprende de los artículos 272 y 273 del Código Tributario y del artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pg. 164; José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pg. 411.

¹⁰⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pgs. 596-597.

¹⁰⁶ Consideramos que existe esta posibilidad, al decirse que al tiempo de expedir sentencia, el Tribunal examinará si existe nulidad y la declarará de haberla, paso que se entiende previo a cualquier examen de lo principal. Esto, en congruencia con el artículo 273, que establece la facultad oficiosa del Tribunal de controlar la legalidad de los antecedentes y fundamentos de la resolución, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho o apartándose del criterio que aquellas atribuyan a los hechos. En lo que respecta a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lacónicamente se dice que el Tribunal de la

3) La nulidad absoluta o de pleno derecho produce efectos *erga omnes*, en cuya virtud cabe oponerla o tenerla en cuenta en contra o favor de cualquiera, habida cuenta de la indignidad o inadecuación del acto nulo para la protección jurídica.¹⁰⁷

4) El acto absolutamente nulo no está cubierto por la presunción de validez (o presunción de legitimidad), pues su vicio manifiesta una determinante ilegalidad que lo hace incompatible con dicha presunción.

5) La declaratoria de nulidad o la constatación del vicio, produce siempre efectos *ex tunc*, pues se retrotrae al momento en que se dictó el acto viciado. Esto se explica porque el acto nunca tuvo aptitud para producir efecto alguno.

4.3.- Los demás vicios que no comporten el grado de invalidez apuntado pueden ser convalidados o subsanados. Según García de Enterría y Fernández.¹⁰⁸

«La *anulabilidad* o *nulidad relativa* tiene [...] unos efectos más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos él o los afectados por un acto anulable, y sólo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado. El no-ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento, sin más que subsanar la infracción legal cometida».

Los efectos de la anulación de un acto con vicios de nulidad relativa producen, por lo general, efectos *ex nunc*, aunque pueden admitirse efectos *ex tunc*, como en el caso de que el acto se haya agotado en una sola operación de aplicación, pues la anulación implicará la revisión de la misma y la consiguiente eficacia retroactiva de esta.¹⁰⁹

materia, al tiempo de dictar sentencia, examinará conjuntamente los vicios de nulidad y el asunto controvertido, lo cual haría entender que a más de dicho asunto, procede el examen de la nulidad, aunque no se haya planteado expresamente. Por lo demás, en materia tributaria existe la ventaja de la suspensión de los actos administrativos cuando se presenta la demanda, lo cual no ocurre en la vetusta LJCA, que dispone, salvo en los procesos de ejecución y siempre que se afiance el interés público, que en ningún caso la demanda suspenderá la ejecución de los actos administrativos, lo cual permitiría que incluso actos radicalmente nulos puedan ejecutarse (artículo 75). El ERJAFE, que tiene más acierto en la apreciación de las consecuencias de la nulidad radical, ha previsto casos de suspensión de los actos administrativos, no únicamente en caso de nulidad de pleno derecho, que se extienden al proceso (artículo 189 numeral 4). Sin embargo, no deja de ser reprochable aquel criterio exagerado y poco técnico de la LJCA, que termina favoreciendo a la Administración aun en los casos de nulidad radical, pues aunque el ERJAFE haya previsto casos de suspensión, siempre quedará en manos de la misma Administración (y, peor aun, siempre dentro del ámbito institucional en que se aplica el ERJAFE) hacer efectiva la suspensión. Este panorama no es nada alentador para los derechos de los ciudadanos y responde a criterios arcaicos que definitivamente deben superarse.

¹⁰⁷ Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pg. 164.

¹⁰⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit, Pgs. 590-591.

¹⁰⁹ Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pg.189.

5.- Eficacia del acto administrativo.

5.1.- La doctrina denomina acto administrativo perfecto a aquel que está completamente formado, es decir, al que reúne los presupuestos necesarios para tener una existencia jurídica plena. Sin embargo, esto no basta para que el acto administrativo sea eficaz, es decir, para que tenga cumplida realización jurídica y material, pues es necesario que se efectúen una serie de actos posteriores o subsecuentes que generalmente se inician con la notificación.¹¹⁰

La Administración, en cuanto ostenta poder público, tiene el privilegio de innovar por sí misma en las relaciones jurídicas en que participa y el de hacer efectivos sus actos, coactivamente, sin necesidad de intervención judicial. A este privilegio se lo llama en la doctrina “autotutela” o “ejecutoriedad”. Con el término “ejecutividad”, por otra parte, se suele denominar al carácter de exigibilidad del cual está investido el acto administrativo, es decir, se alude a su eficacia intrínseca en torno a la producción de sus efectos.

En el tema de la eficacia de los actos administrativos, juega también una presunción de validez (o “presunción de legitimidad”) con la que el ordenamiento jurídico les cubre, presunción de carácter *iuris tantum* que favorece a la Administración para que el acto administrativo pueda desplegar sus efectos y que traslada al administrado la carga de probar la invalidez que pudiese existir. De esta presunción sólo pueden estar cubiertos los actos regulares y los anulables, porque los absolutamente nulos carecen de la misma. En efecto, y como afirma Dromi, un acto administrativo nulo de pleno derecho, que adolece de un grosero vicio y que debe ser revocado aun de oficio por disposición de la ley, no puede al mismo tiempo presumirse válido por la propia ley; así como tampoco puede predicarse de él una ejecutividad, pues el vicio de que adolece le hace ineficaz *ab initio*.¹¹¹

El artículo 82 del Código Tributario incorpora a nuestra legislación este marco doctrinal, aunque con un lenguaje un tanto confuso.

«Art. 82.- Presunción del acto administrativo.- Los actos administrativos gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.-

Sin embargo, ningún acto administrativo emanado de las Dependencias de las Direcciones y Órganos que administren tributos, tendrán validez si no han sido autorizados o aprobados por el respectivo Director o funcionario debidamente delegado».

Como puede verse, la norma citada alude, por una parte, al privilegio de autotutela que tiene la Administración Tributaria (ejecutoriedad), y por otra, destaca los caracteres del acto administrativo tributario, esto es, la presunción de validez de que gozan y la obligatoriedad y eficacia intrínseca que tienen (“están llamados a cumplirse”). Sin embargo, destaca también

¹¹⁰ Cfr. Miguel Acosta Romero, *Teoría general del Derecho Administrativo*, 13ª edición, México, Editorial Porrúa, 1997, Pg. 840.

¹¹¹ Roberto Dromi, Op. Cit., Pg. 276.

en la norma aquella condición expresada en la frase “serán *ejecutivos*, desde que se encuentren firmes o se hallen *ejecutoriados*”.

La frase resaltada tiene presente implícitamente un nuevo carácter: la posibilidad de impugnación. A ello se suma el efecto suspensivo que esta produce en la ejecución de los actos administrativos tributarios, pues está condicionada a la presentación o a la resolución de las reclamaciones y recursos que puede interponer el contribuyente. Esta deducción se la obtiene de la concordancia del artículo 82 con las disposiciones de los artículos 83 y 84 del Código Tributario, que establecen cuándo un acto se considera firme y cuándo ejecutoriado.

Según el artículo 83, son actos firmes «[...] aquellos respecto de los cuales no se hubiere presentado *reclamo alguno, dentro del plazo que la Ley señala*». Un acto administrativo tiene firmeza cuando no ha sido objeto de oportuna impugnación, de modo que se vuelve, en principio, irrecorrible, salvo que existan las causales que propician el recurso extraordinario de revisión. Además, el acto que está dotado de firmeza tiene la virtualidad de ser “intocable”, como se dice y deduce de la exposición de motivos del Código Tributario.¹¹² Garrido Falla califica también de firme al acto administrativo cuando pese a haber sido objeto de impugnación, bien en la vía administrativa de *recurso*, bien en la vía procesal, ha habido resolución o sentencia en sentido desestimatorio.¹¹³ En otros términos, habrá firmeza cuando de ningún modo es posible la impugnación del acto administrativo, sea por prescripción de acciones o recursos, sea porque existe resolución o sentencia que confirman la validez del acto. En estas circunstancias, el acto administrativo tributario es plenamente exigible a los contribuyentes.

Por su parte, el artículo 84 del Código Tributario indica que se *considerarán* ejecutoriados aquellos actos que *consistan en resoluciones* de la Administración, dictados en *reclamos* tributarios, respecto de los cuales *no se hubiere interpuesto o no se hubiere previsto recurso ulterior, en la misma vía administrativa*. Esta norma supone que ha habido impugnación oportuna en la vía administrativa, y aun más, que esta ha sido agotada. Es decir, estamos ante el supuesto que se denomina causar estado, con la posibilidad de impugnación en la vía procesal.

Interesa también aludir al segundo inciso del artículo 82 del Código Tributario, que incorpora un requisito de validez del acto administrativo, que consistiría en la autorización o aprobación del respectivo Director General o funcionario debidamente delegado. En rigor, la exigencia debería considerarse en el plano de la *eficacia* y no dentro del régimen jurídico de la validez, pues la autorización o aprobación del superior jerárquico no se relaciona con los requisitos sustanciales de los actos administrativos ni atañe a los defectos intrínsecos que pudieran tener. En otros términos, el acto administrativo no autorizado o no aprobado puede ser conforme a derecho, pero la falta de estos requisitos operaría como un impedimento para

¹¹² En efecto, en la exposición de motivos del Código Tributario, en el contexto de la justificación del carácter extraordinario del recurso de revisión, se explica que los motivos excepcionales del mismo autorizan que pueda interponerse «[...] incluso a costa del *fundamental postulado de la intocabilidad de los actos administrativos firmes* y precisamente teniendo como presupuesto un acto firme [...]».

¹¹³ Fernando Garrido Falla, “La materia contencioso – administrativa: actos impugnables y pretensiones de las partes”, *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1988 Pg. 69.

que el acto pueda desplegar toda su potencia interna.¹¹⁴ La consecuencia de considerar a la autorización y a la aprobación como requisitos de validez es que el acto que carezca de las mismas será nulo. Por el contrario a dichos requerimientos como exigencias de eficacia, implica abrir una posibilidad de convalidación –y por ende de conservación- del acto mediante el otorgamiento de la autorización o aprobación correspondiente. Esta solución la sigue el ERJAFE en el artículo 134.

La autorización y la aprobación son manifestaciones de *control jerárquico*, de *tutela* dentro de una organización estructurada jerárquicamente, pero de ningún modo afectan a la validez del acto administrativo, pues en nada dicen tales exigencias de requisitos como la competencia, el contenido y objeto lícito, los requisitos del procedimiento de formación, etcétera.¹¹⁵ Esto quiere decir que el acto puede ser válido o nulo independientemente de que haya sido autorizado o aprobado, y lo que razonablemente debe ser objeto de enjuiciamiento es su conformidad material con el derecho.

5.2.- El momento en que el acto administrativo empezará a desplegar su eficacia respecto de sus destinatarios viene dado por la notificación, requisito este que no constituye presupuesto de validez del acto administrativo, sino condición del despliegue de sus efectos.

De conformidad con el artículo 105 del Código Tributario, la notificación es la actuación por medio de la cual se hace conocer a los destinatarios el contenido del acto que les interesa, la resolución habida en sus reclamaciones o el requerimiento de un funcionario sobre asuntos relacionados con los deberes formales. Además de ello, debe considerarse que la notificación juega un papel determinante para la situación de silencio administrativo, pues aun cuando exista una resolución administrativa, si esta no está notificada dentro del plazo en que debe pronunciarse la Administración, habrá para el interesado silencio administrativo.

¹¹⁴ En el Derecho español, el requisito de autorización y aprobación se ciñe al régimen jurídico de la eficacia, y comporta una condición suspensiva. El artículo 57.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común establece que «La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior». De igual manera, el artículo 94 *ibidem* dispone que los actos administrativos no serán ejecutivos «[...] en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización». Solución similar sigue el ERJAFE en los artículos 125 numeral 2 y 134. Ver Jesús González Pérez, *Manual de procedimiento administrativo*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2002, Pg. 229.

¹¹⁵ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Op. Cit.*, Pg. 564. Vale anotar que autores como Bocanegra Sierra (*Op. Cit.*, Pg. 35) incluso excluyen del concepto de acto administrativo a las decisiones confirmatorias de otros actos anteriores, supuesto en que podrían estar las autorizaciones y aprobaciones.

CAPITULO SEGUNDO ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA TRIBUTARIA

1.- Vinculación del Derecho Tributario con el Derecho Administrativo.

El tema de la vinculación del Derecho Tributario con el Derecho Administrativo no sólo plantea el problema de determinar cuáles son las relaciones que existen entre dichas asignaturas jurídicas y en qué términos se establecen, sino que también supone abordar, de un modo necesariamente previo, aquella cuestión que la doctrina trata con el título de “autonomía” del Derecho Tributario. En efecto, decir que entre esta última asignatura jurídica y el Derecho Administrativo existe vinculación, significa dar por entendida la conclusión de que existen *relaciones* entre los contenidos de una y otra rama, *pero no absorción de una por la otra*, de tal modo que el Derecho Tributario no podría concebirse como un capítulo del estudio del Derecho Administrativo. Este planteamiento significa, en otros términos, que el Derecho Tributario siempre conserva una “autonomía” didáctica, estructural y conceptual, aunque pueda apoyarse en los contenidos de otra asignatura para los propósitos jurídicos y académicos que lo guían. Por el contrario, si se afirma que el Derecho Tributario es tan sólo un capítulo del Derecho Administrativo, en nada se justifica hablar de vinculación o relación, pues serán las mismas instituciones, normas, principios y métodos de este último los que guiarán todo el fenómeno jurídico tributario, sin pueda hablarse, por consiguiente, de “autonomía”.

En primer lugar, debe entenderse correctamente aquello que se quiere manifestar con la palabra “autonomía”. El término, si se lo entiende en su sentido literal y estricto, ninguna conclusión feliz puede aportar al propósito de destacar una vinculación entre el Derecho Tributario y el Derecho Administrativo, pues significaría una suerte de aislamiento e independencia. Pero lo cierto es que ambas materias son *igualmente jurídicas* y forman parte de una misma ciencia: la Ciencia del Derecho. En tal virtud, a menos que se quiera llegar a una desfiguración de lo jurídico, ineludiblemente unida al propósito imprudente de fundar una nueva ciencia por cada rama que se dice “autónoma”, es forzoso concluir que la pretendida “autonomía” no existe, ni del lado del Derecho Tributario, ni del lado del Derecho Administrativo, y aun más, de parte de ninguna rama del conocimiento jurídico.

La palabra “autonomía” no quiere decir otra cosa que *especialización*. El Derecho es *uno* y todas sus ramas comulgan en un mismo método científico, en una sola forma de apreciar las realidades en forma científica, en una única perspectiva de conocimiento, en los mismos propósitos, configuración dogmática y fines, todos los cuales destacan a lo jurídico como ciencia particular distinta de las demás.¹¹⁶ Lo que sucede es que las ramas del Derecho, confluyendo en todo lo que se ha destacado, *proyectan* un único concepto de lo *jurídico*

¹¹⁶ Ello sin dejar de observar el fenómeno de interrelación de las ciencias, pues el Derecho (y las demás ciencias respecto de este) no puede aislarse de las realidades, aunque constituya una ciencia particular. Lo jurídico, *conservando su método y perspectiva particulares*, se nutre de los aportes que brindan los estudios de la Economía, de la Ciencia de la Administración, de la Sociología, de la Moral, de la Psicología..., y en tiempos actuales, incluso, proyecta soluciones jurídicas sobre la problemática que presentan las telecomunicaciones, la informática, la energía, etcétera. Esta observación vale para aquellos que quieren observar tan sólo la “naturaleza jurídica” de las cosas, prescindiendo de la visión necesaria de las demás ciencias, con un resultado nada conveniente de pugna de lo normativo con las realidades y el rechazo social de las soluciones legales.

hacia un *particular objeto y realidad*, en donde precisamente encuentran su *especialidad*. Pero, por otra parte, aquella confluencia única en el concepto de lo *jurídico*, determina también el fundamental término de relación entre sí.

Como puede verse, la razón de la especialización está en la *particularidad del objeto y de la realidad* que se ofrece al Derecho, y en cuanto aquellos determinan relaciones sociales que deben regularse jurídicamente. Aquella particularidad, concretada en características singulares, justifica un tratamiento idóneo, con un método apropiado y unos principios, institutos y normas característicos, siempre con el carácter jurídico propio y único de la Ciencia del Derecho. La especialización jurídica, como destaca García Belsunce, se precisa en varios aspectos:¹¹⁷

- a) En lo didáctico, que significa la independencia de una materia a los fines de su estudio o enseñanza;
- b) En lo estructural u orgánico, cuando el contenido del derecho está formado por institutos de estructura uniforme y propia en cuanto a su naturaleza; y,
- c) En lo dogmático o conceptual, cuando una rama del Derecho presenta conceptos y métodos propios y singulares de las demás.

Con estas aclaraciones y precisiones, y habiendo determinado el criterio de la especialización en torno a un *particular objeto y realidad*, en cuanto configuran relaciones sociales que deben regularse jurídicamente, debemos observar cuál es el objeto y realidad que hace al Derecho Tributario una rama especializada frente al Derecho Administrativo.

En su planteamiento más fundamental, el Derecho Tributario se ocupa del fenómeno jurídico que se origina en el *tributo*, en cuanto obligación *ex lege* que da lugar a una relación jurídica entre un ente público y el contribuyente. El tributo se presenta como el *objeto y realidad particular* sobre la cual se proyecta el Derecho en su función normativa, lo cual determina, por ende, una construcción dogmática que, atendiendo a dicha particularidad, define unos principios, instituciones y normas que lo caracterizan. El tributo no comporta una obligación asimilable a las que interesan a las demás disciplinas jurídicas, es singular en su forma y propósito, bien por su misma configuración *ex lege* y por todas las modulaciones de contenido que se regulan en las leyes, bien por el carácter y fines de corte *público* que caracterizan al vínculo obligacional. La constatación de ello es por demás simple para los propósitos que nos ocupan, pues a partir de las particularidades del fenómeno que implica el tributo, se derivan la presencia de postulados y garantías constitucionales específicos –como el principio de reserva de ley y de capacidad contributiva, o el de constituir instrumento de política económica general-, y una normativa sectorial propia –como la presente en el Código Tributario, Ley de Régimen Tributario Interno, etcétera- que está llamada a regular un sector de la realidad preciso en su configuración e implicaciones.

Por su parte, el Derecho Administrativo tiene por *objeto y realidad particular* aquel fenómeno que viene dado por la Administración Pública, en el doble sentido que indicamos en el Capítulo Primero, como organización y como actividad. Sobre esto se proyecta el

¹¹⁷ Cfr. Horacio García Belsunce, “La autonomía del derecho tributario”, *Impuestos: doctrinas fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, Pg. 93.

Derecho para definir unos principios, instituciones y normas acordes con dicho objeto y realidad, en aras de establecer orden y justicia en las relaciones que se establecen entre la Administración y los administrados. Tenemos así unos principios constitucionales –como el principio fundamental de juridicidad–, y unas pautas de actuación, dados por la exigencia de eficacia y eficiencia, a los cuales se suman múltiples instituciones, como el servicio público, el dominio público, los procedimientos, etcétera, y diversos contenidos propios, como lo que se refiere a la organización, a los actos, contratos, reglamentos, a los recursos, a los derechos de los administrados, etcétera.

Esta brevísima síntesis de los contenidos, a la cual podrían añadirse muchos detalles adicionales, únicamente tiene como propósito destacar cuál es la razón de la especialización y *de la no absorción* de una rama por otra. Como puede verse, hay un objeto y realidad *singular y específica* que determina la especialización tributaria y la administrativa: las relaciones jurídicas que origina el tributo, por un lado, y las relaciones jurídicas a que da lugar la Administración Pública, por otro. Ahora bien, como el término común esta dado por la idea de Derecho, entre ambas ramas no puede haber independencia, y menos aun pugna, sino una acabada relación que, incluso, es más próxima entre sí por el carácter público de cada disciplina y por las implicaciones típicas que presenta el tributo a la Administración.

Efectivamente, habrá una disciplina –el Derecho Tributario– que prevé los aspectos fundamentales del ligamento jurídico sustancial que nace cuando el Estado u otro ente público se considera acreedor de un tributo y lo pretende integrante de su patrimonio, es decir, que se ocupa de la vital cuestión de decidir jurídicamente cómo se origina la pretensión fiscal de cobrar un importe tributario a una persona.¹¹⁸ Pero la *realización inmediata y práctica* de todo lo que el legislador ha previsto sobre la materia, y de lo que comporta y significa el tributo para la consecución del bien común, requiere de una organización específica y *competente* (Administración en sentido subjetivo), que debe desplegar una actividad de *gestión subordinada al ordenamiento, además de eficaz y eficiente*, sobre esa materia en concreto (Administración en sentido objetivo), con un carácter especial dado por la realidad de la cual se ocupa.

El contraste apuntado muestra que lo característico del tributo *impone una manera de administrar*, que conlleva a ciertas facultades privativas, como las de determinar, liquidar y recaudar, con unos *procedimientos* y unos *deberes* que el contribuyente debe cumplir para dichos efectos, además de lo que constituye propiamente su obligación tributaria. Pero aun cuando esa manera de administrar sea singular, tanto en lo orgánico como en lo funcional, sigue siendo tarea de Administración Pública que se somete a los principios, instituciones y normas que les son propias, como las reglas de la competencia, de los requisitos sustanciales de los actos administrativos, del régimen de los reglamentos, de los procedimientos, etcétera. Tenemos, por tanto, una distinción basada en la *naturaleza de las cosas*, pero de ningún modo puede sostenerse que una mutua implicación pueda invadir la esfera propia que está dada por dicha naturaleza. De este modo, ni independencia ni absorción, sino especialidad y conexión. Tampoco una suerte de sublimación del Derecho Tributario frente al Administrativo, como si hablar de relación jurídica tributaria pueda ser algo “simplista, limitado, estrecho y deformante”,¹¹⁹ que se acepte a despecho por la necesidad de la

¹¹⁸ Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1992, Pg. 525.

¹¹⁹ Es expresión de Andrea Fedele, citado por Héctor Villegas, Op. Cit., Pg. 328.

promoción inmediata y práctica que brinda la Administración. Lo cierto es que impensable una Administración Tributaria que no haya sido definida como tal por el método, principios y reglas que se derivan de lo auténticamente tributario; como de igual modo es inconcebible que el tributo y sus normas no tengan realización efectiva. Por lo demás, el *ser* del tributo, en cuanto obligación *ex lege*, no depende de los procedimientos administrativos que se adoptan para hacerlo *efectivo*, ni de los actos administrativos a los que se llegue culminado dicho procedimiento. Dichos procedimientos y actos pueden ser válidos o inválidos, contener errores de apreciación, defectos de realización, pero la obligación tributaria puede continuar existiendo o nunca haber aparecido al mundo jurídico porque *depende de sus propias normas*. El procedimiento y los actos administrativos, por su parte, dependen de las reglas del Derecho correspondiente y a ellos se aplican sus principios y disposiciones, sin que ello esté en capacidad de invadir y sobreponerse a la realidad misma del tributo y a todas sus implicaciones.¹²⁰

2.- Las facultades de la Administración Tributaria.

El tributo, como advertimos en el párrafo anterior, se rige por sus propias instituciones y normas, pero requiere ineludiblemente de una organización y actividad administrativa que tiene como cometido público hacerlo efectivo. Como indica Valdés Costa, el punto de partida es que los derechos y obligaciones de las partes de la obligación tributaria material están determinados por la ley. En la etapa administrativa corresponda hacer efectiva dicha ley, para comprobar la existencia de los presupuestos del tributo y establecer su cuantía, y controlar y asegurar el cumplimiento de la prestación tributaria. Sin embargo, es la obligación tributaria la que explica y justifica todo este despliegue de actividad administrativa.¹²¹

De conformidad con el artículo 67 del Código Tributario, la Administración Tributaria *«Implica el ejercicio de las siguientes facultades: la reglamentaria y de aplicación de la Ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la Ley Tributaria o sus Reglamentos y la de recaudación de los tributos»* (lo resaltado es del autor).

Lo primero que se aprecia de la norma citada es que se refiere a la Administración Tributaria en un sentido objetivo y funcional, esto es, mira a aquello que comporta la actividad administrativa en materia tributaria, independientemente de cual sea la naturaleza del órgano o entidad de que se trate. La importancia de este tratamiento radica en que los preceptos y garantías fundamentales del Código se aplicarán a *toda actividad administrativa tributaria*,

¹²⁰ En nuestra opinión, si las teorías dinámicas o funcionales pretenden estudiar el fenómeno tributario acudiendo a una noción central de función y procedimiento, deben llegar a todas las consecuencias que esto implica, especialmente, se debe considerar la teoría de las nulidades que afectan a los procedimientos y a los actos administrativos, *que no son del Derecho Tributario sino del Derecho Administrativo*. La pregunta sería, ¿de la validez o invalidez de los procedimientos y actos administrativos –según el Derecho Administrativo– se sigue, consecuentemente, la existencia o inexistencia del tributo –según el Derecho Tributario–? Basta con ello, para denotar la necesidad de estudiar al tributo *por sí mismo*, como un *objeto y realidad particular*. Como bien destaca Ferreiro Lapatza, confundir el discurso sobre lo que el tributo *es* con la explicación de *cómo* se aplica entraña una perversión lógica que sólo puede originar confusión. Ver, José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español, II*, 22ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, Pg. 17.

¹²¹ Cfr. Ramón Valdés Costa, *Instituciones de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1996, Pg. 14.

uniformemente, en razón de la materia misma y del carácter tributario de la relación jurídica, sin que el carácter del órgano o entidad ni su régimen jurídico particular, puedan constituir excepción a la aplicación de dichos preceptos fundamentales.

Cabe destacar, sin embargo, que algunas de las facultades señaladas en el Código, en su concepto y régimen jurídico, son comunes toda Administración Pública, pero otras pueden calificarse como prototípicas de la materia tributaria. La facultad reglamentaria, sancionatoria y de resolución, en efecto, no definen algo específico de la Administración Tributaria, sino que se ejercen también en otros ámbitos y por parte de órganos diversos, justamente, porque es algo natural a toda actividad administrativa. La facultad reglamentaria la tienen el Presidente de la República, los organismos del régimen seccional autónomo, los entes de control, etcétera. De igual manera, la facultad de sancionar por infracciones a las leyes puede aplicarse en diversas materias, como medio ambiente o régimen urbano. Por último, muchas leyes de variadas materias contemplan la posibilidad de reclamar o recurrir por los actos que se originen en los órganos administrativos, incluso con la previsión de recursos de revisión, a igual que en el régimen tributario, como sucede, por ejemplo, en el ERJAFE, la Ley de Propiedad Intelectual o la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Lo característico que proviene de la Administración Tributaria, estaría dado por las facultades determinadora y recaudadora, que definen lo singular del ámbito de la gestión tributaria como tal, aun cuando el artículo 72 del Código incluya también en este concepto a lo resolutivo.¹²² No obstante esta constatación, el estudio sistemático de todas las facultades de aquella particular Administración, y de los actos administrativos que puede producir con su ejercicio, resulta necesario para tener una visión acabada de la misma. Al respecto, también es preciso incluir en este examen a la función consultiva que se realiza a través de consultas tributarias vinculantes, lo cual determina un papel importante para la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes.

3.- Actos administrativos en particular.

3.1.- De determinación y liquidación de la obligación tributaria.

Como expresa Giuliani Fonrouge:

«La ley establece, en forma objetiva y general, las circunstancias o presupuestos de hecho de cuya producción deriva la sujeción al tributo. Pero ese mandato indeterminado tiene su secuencia en una operación posterior, mediante la cual la norma de la ley se particulariza, se adapta a la situación de cada persona que pueda

¹²² El artículo 72 del Código Tributario incluye en el concepto de gestión tributaria al aspecto de resolución de las reclamaciones de los contribuyentes. Insistimos que esto es común en su concepto a todo ámbito de actividad administrativa, como se puede observar en el ERJAFE y en diversas leyes que contemplan la posibilidad de reclamar y recurrir, instituyendo al efecto, incluso, recursos como el de revisión. Consideramos que la incorporación de lo resolutivo dentro de la gestión tributaria puede deberse a la intención del legislador de destacar el aspecto de control y de tutela que debe cumplir la Administración Tributaria, incorporándolo como un deber de recta y buena gestión.

hallarse incluida en los presupuestos fácticos previstos; dicho de otra manera, la situación objetiva contemplada por la ley se concreta y exterioriza en cada caso particular. En materia tributaria, esta operación se llama determinación de la obligación».¹²³

La obligación tributaria *nace* o se origina al producirse el hecho generador previsto por la ley, pero su *exigibilidad y efectividad* requiere del procedimiento de determinación y liquidación del importe a pagar que se realiza en un momento lógico ulterior a dicho nacimiento. La exigibilidad y efectividad de una concreta pretensión tributaria a cobrarse supone, necesariamente, que se ha producido el hecho generador previsto por la ley, pues estamos ante una obligación *ex lege*. Esta apreciación se deriva de lo que ya habíamos advertido al inicio del este capítulo, en el sentido de que el tributo comporta un objeto y realidad particular, que se gobierna jurídicamente por sus propias normas. Estas, por consiguiente, guían los procedimientos que tienden a verificar, en cada caso particular, el supuesto de hecho y a liquidar el tributo a cobrarse, suponiendo –de conformidad a las normas tributarias sustanciales- que el tributo ha nacido y a efectos de hacerlo exigible y efectivo. Por ello, como dice Giuliani Fonrouge, la determinación tiene carácter *declarativo* y cumple la función de reconocimiento *formal* de una obligación preexistente.

«Es el medio de exteriorizar o documentar una situación general prevista por la ley (presupuesto material), en su proyección sobre una situación particular, fijando la medida de lo imponible y estableciendo –mediante la aplicación de la alícuota correspondiente- el monto o *quantum* de la deuda.-

«Es la única solución acorde con la naturaleza *ex lege* de la obligación tributaria. El deudor o responsable al formular la “declaración” impositiva (o al sellar un documento) o la administración al efectuar una “determinación de oficio”, no *crean* nada, ni *perfeccionan* obligación alguna; simplemente, *reconocen* o *declaran* en cuanto ha lugar por derecho, para usar la terminología forense, la existencia de una situación individual de carácter obligacional, nacida por imperio de la ley [...]».¹²⁴

Por su parte, Héctor Villegas advierte que para apreciar el verdadero valor de la determinación, entendida como “amoldamiento” al caso concreto del mandato genérico, se debe tener en cuenta que «[...] la adecuación de cierta circunstancia fáctica a la hipótesis legal condicionante tributaria, *no hace nacer un crédito concreto* a favor del Estado, sino *la pretensión del Estado a cobrar un tributo* siempre que se den las condiciones predeterminadas en la ley».

«Decimos esto, porque: 1) pese a encuadrarse un hecho realizado o una situación producida en la hipótesis legal condicionante que describió ese hecho o esa situación, puede suceder que la persona que materializó fácticamente la hipótesis *resulte exenta de tributar* por razones preestablecidas por la ley [...]; 2) porque *puede haberse operado una causa extintiva de la obligación de tributar*.-

¹²³ Carlos Giuliani Fonrouge, *Curso de Derecho Financiero, I*, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2001, Pg. 535.

¹²⁴ Carlos Giuliani Fonrouge, Op. Cit., Pgs. 546-547.

«Esto significa que la materialización de la hipótesis, o sea, la realización del hecho imponible sólo generó una *obligación tributaria potencial* y a veces *ilíquida* que sólo logrará *realidad*, y a veces también *liquidez* (salvo en los tributos de importe fijo), cuando mediante la determinación se llegue al importe tributario concreto que el fisco debe cobrar al sujeto pasivo».¹²⁵

La determinación, en suma, es un acto o conjunto de actos que dirigidos a precisar, en cada caso particular, si existe una deuda tributaria; y en su caso, quién es el obligado a pagar el tributo y cuál es el importe de la deuda.¹²⁶ Este procedimiento lo pueden realizar, bien el sujeto pasivo, bien la Administración Tributaria, o de modo mixto, de conformidad con el artículo 88 del Código Tributario.¹²⁷

Al tenor del artículo 90 del Código Tributario, el sujeto pasivo establecerá la obligación tributaria en todos los casos en que *ejerza su potestad determinadora*, que de conformidad con el artículo 68, constituye un acto o conjunto de actos *reglados* realizados por la Administración Tributaria que tienden a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende aspectos de control de las declaraciones de los sujetos pasivos; su complementación o enmienda; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, «[...] y la adopción de medidas legales que se estime convenientes para esa determinación».

En los principales impuestos nacionales (impuesto a la renta, IVA e ICE), lo normal es que la determinación la haga el sujeto pasivo, sin intervención de la Administración Tributaria y a través de la declaración correspondiente. Pero la Administración Tributaria (sujeto pasivo) tiene siempre la posibilidad de controlar y ejercer su facultad determinadora, con los aspectos que expresa el artículo 68 del Código Tributario, sea de forma directa, sobre la base a las declaraciones del sujeto pasivo, de su contabilidad y documentos, o por información que posea el sujeto activo; sea en forma presuntiva, esto es, en base de indicios o hechos ciertos, cuando falta la declaración o los documentos de respaldo no prestan mérito suficiente.¹²⁸ En otros casos la determinación la hace la Administración Tributaria sobre la base de los datos que consten en catastros o registros.

En lo que se refiere al tema del presente trabajo, cabe destacar que estaremos ante actos administrativos en todos aquellos casos en que la misma Administración efectúe la determinación de la obligación tributaria. El acto administrativo de determinación comporta una decisión de la autoridad que, de modo directo e inmediato, está llamada a producir un efecto o consecuencia jurídica en el ámbito tributario, tanto al declarar o establecer el

¹²⁵ Héctor Villegas, Op. Cit., Pg. 333-334.

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*, Pg. 329.

¹²⁷ En nuestro país, las formas que se adoptaron para la determinación mixta en el impuesto a la renta fueron el convenio tributario y el sistema de estimación objetiva global, ahora derogadas por la Ley 51 (Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993) y Ley 06-PCL (Registro Oficial Suplemento No. 98 de 30 de diciembre de 1996). Sin embargo, en casos muy concretos relacionados con el impuesto sobre los activos totales, ciertos municipios como el de Chordeleg y Patate, contemplan en sus ordenanzas el sistema de estimación objetiva global. Ver Registro Oficial No. 464 de 22 de junio de 1990 y Registro Oficial No. 236 de 20 de julio de 1993. Sobre estas formas volveremos nuevamente al tratar del acto administrativo consensual en materia tributaria.

¹²⁸ Cfr. Sergio Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, 24ª edición, México, Editorial Porrúa, 2002, Pgs. 734-736.

amoldamiento de una situación fáctica al hecho generador previsto por la ley, como al precisar el crédito tributario que debe pagarse.

Este acto administrativo no tiene carácter o contenido jurisdiccional, como sostiene Dino Jarach, aun cuando resulte de un proceso de aplicación de la ley al caso particular dentro de un esquema estrictamente reglado y no discrecional, que no depende de una “voluntad” del administrador, y que implica un juicio lógico y el conocimiento de los hechos para amoldarlos al Derecho.¹²⁹

La observación fundamental que puede hacerse a esta tesis, deriva de aquello en que consiste la actividad administrativa, sea en un marco reglado o discrecional, en cuanto procura la realización inmediata y práctica de los cometidos públicos para la consecución del bien común, como ya señalamos en el Capítulo Primero. Los entes y órganos que ejercen esta actividad, en virtud de la división de funciones, son autónomos respecto de los jueces, pero a igual que estos y que el legislador, están dotados de poder público. Esto marca una esfera de actuación libre de la injerencia de la Función Judicial, pero al ser su organización dotada de un mismo poder público que se expresa en su actividad, dentro de la esfera de su específica función y con observancia del principio de juridicidad, la Administración puede tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, innovar las relaciones jurídicas en las que es parte, y dotar de fuerza ejecutoria a sus propias decisiones y ejecutarlas, todo sin que se precise acudir a los jueces, como sí ocurre con los particulares.¹³⁰ Estos privilegios se denominan autotutela o autodefensa administrativa.

El acto administrativo de determinación responde a este esquema general, y aun más, a todo aquello que configura a la administración pública como actividad de promoción inmediata y práctica de los cometidos públicos, esta vez en el ámbito tributario. En esta materia, es verdad que el tributo impone sus reglas a la Administración Pública, pues esta no puede ir más allá de los principios y presupuestos que señala la ley, ni puede crear créditos impositivos sin el debido marco preestablecido, de modo que su acción se limita a aplicar todo un esquema normativo previo, pero a pesar de todo ello –se insiste- conserva el concepto básico de administración, en cuanto gestión activa de los cometidos tributarios, que de ningún modo se amolda a los esquemas propios del juez.

El acto administrativo de determinación no puede concebirse como jurisdiccional, porque le falta lo propio que caracteriza a un acto de este contenido: la neutralidad e imparcialidad natural del juez. Esto, definitivamente, falta en la determinación que realiza la Administración, pues el acto administrativo resultante del procedimiento termina siendo, a la postre, la manifestación de la pretensión de una sola de las partes, nada menos, de la que ostenta *imperium* y sobre el mismo asunto en la que goza de calidad de acreedor. Las eventuales similitudes que pudiesen tener el procedimiento de determinación y el acto que lo concluye con el proceso judicial, son accidentales, circunstanciales. Verdaderamente, ambos

¹²⁹ Ver Dino Jarach, *El hecho imponible*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, Pgs. 33 y ss. Del mismo autor, *Finanzas públicas y Derecho Tributario*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, Pgs. 431-433.

¹³⁰ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Op. Cit.*, Pgs. 496-497. La articulación entre la actividad administrativa y la tutela final jurisdiccional se da en un momento concreto, esto es, al existir un acto administrativo previo o una conducta de la Administración, pues en la lógica de la división de funciones, el Juez no puede intervenir siempre. Por ello, se dice que el contencioso-administrativo es impugnatorio.

deben regirse por reglas constitucionales del debido proceso y pueden ser contradictorios, pero lo definitivo es la *naturaleza* de la función que se ejerce, el propósito mismo que se persigue, el singular método que destaca a las actividades como tales, y el régimen jurídico que se diseña como acorde a los fines a alcanzar. Las facultades de la Administración Pública en general, y no sólo la Tributaria, se deben ejercer a través de procedimientos que guardan analogías con el proceso, en aras de dar las debidas garantías al administrado. Pero de esta circunstancia, exigida por la correcta aplicación del Derecho que ciñe por igual a la Administración y al Juez, no puede concluirse que los procedimientos, y no sólo el de determinación, resulten jurisdiccionales. Por último, debe destacarse que el acto de determinación tiene el régimen jurídico de los actos administrativos, en cuanto a sus requisitos sustanciales, nulidad, revocación, etcétera, lo cual lo diferencia de un acto típicamente jurisdiccional.

3.2.- De ejecución de créditos tributarios y multas.

Es un *procedimiento administrativo* que precisa, por una parte, que la *obligación sea líquida y de plazo vencido*, y por otra, *un previo acto administrativo de determinación o la situación de mora o incumplimiento del contribuyente*. Constituye un momento de *ejecución* que se sustenta en la existencia de una prestación *exigible*, un *anterior* acto administrativo firme o ejecutoriado a ejecutarse, o una sentencia ejecutoriada, o el *antecedente* de una acusada conducta de inobservancia de la obligación tributaria por parte del contribuyente. En virtud de estas circunstancias, la Administración Tributaria está en condiciones de emitir un título de crédito u orden de cobro, que será el antecedente de la iniciación de la coactiva, si el contribuyente, notificado con dicho título u orden, no satisface el importe tributario.

El procedimiento de ejecución coactiva, ya no sólo por respetables opiniones, sino también por las disposiciones legales de nuestro ordenamiento jurídico, vuelve a ser tema de discusión sobre su naturaleza administrativa o jurisdiccional. En verdad, guarda evidentes semejanzas con los juicios de ejecución y con las facultades que el juez actúa en el mismo, además de que se emplea en el Código Tributario una terminología de sabor procesal, como “acción coactiva” o “excepciones a la coactiva”. A ello se suma el contexto que presentan otras normas generales, como la Ley Orgánica de la Función Judicial, en la cual se habla de una “jurisdicción coactiva” y se califica de “jueces especiales” a los que sustancian dicho procedimiento. De igual manera, en el Código de Procedimiento Civil se trata de este procedimiento de ejecución como si fuese manifestación de una “jurisdicción” que tendría por «[...] objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del Sector Público que por Ley tiene esta jurisdicción [...]».

Este tratamiento legal, que trasciende a la materia tributaria, conlleva una particular problemática y soluciones bastante cuestionables. Desde un inicio, si el procedimiento que nos ocupa tuviese naturaleza jurisdiccional, habría incluso una objeción constitucional determinada por el principio de unidad de jurisdicción, con una grave dificultad para la Administración dada por la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la Constitución, que manda que todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasen a la Función Judicial, y que si otros funcionarios públicos tuvieren entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los correspondientes órganos de la Función Judicial. Ante ello, cabe preguntarse, ¿se justificaría

que para la ejecución de créditos tributarios y multas la Administración Tributaria tenga que acudir ineludiblemente a la Función Judicial?

Lo cierto es que la existencia de un procedimiento administrativo de ejecución no acusa problemas de principio, por el contrario su problemática proviene de disposiciones legales que confunden o demuestran una errónea concepción de la naturaleza de las instituciones o de los conceptos jurídicos, con resultados prácticos nada alentadores, como el de excluir su impugnación y tacha de las posibilidades que brindan las garantías constitucionales, según los artículos 95 inciso segundo y 276 inciso final de la Constitución de la República. En el presente párrafo pretendemos aclarar la verdadera naturaleza de la ejecución forzosa de los créditos tributarios y multas a través del procedimiento coactivo, para lo cual es necesario recapitular lo antes manifestado sobre los privilegios de autotutela que tiene la Administración, en cuanto función que detenta poder público.

La autotutela o autodefensa administrativa, como ya tuvimos oportunidad de aclarar, delimita una especial posición frente la Función Judicial pues, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, no tiene la carga de acudir al Juez para dotar de fuerza ejecutoria a sus actos y resoluciones; para hacerlos exigibles e imponerlos al súbdito; para exigir su cumplimiento incluso con el uso de la coacción –que si se encuadra en los cánones legales siempre será legítima-; o para revocarlos por sí misma –lo cual sucederá siempre que no se haya creado una situación jurídica particular o reconocido un derecho-. Las decisiones de la Administración Pública son ejecutorias por sí mismas, por propia autoridad, se presumen legítimas, obligan sin necesidad de auxilio judicial, y se pueden hacer cumplir de oficio. Estas prerrogativas, en suma, reflejan la capacidad que tiene la Administración Pública para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad de recabar tutela judicial, lo cual es lógica consecuencia de lo que ya se advirtió: la Administración Pública está investida de poder público.¹³¹ En materia tributaria, la Administración está limitada por el principio de reserva de ley –por acto administrativo no se pueden crear obligaciones impositivas, ni sus facultades incluyen tal objeto- pero en sus procedimientos, a igual que en otras materias, hay manifestación de sus prerrogativas de autotutela.

El artículo 1 del Código de Procedimiento Civil define a la Jurisdicción como el “poder de administrar justicia”, y agrega que “[...] consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes”. Ahora bien, la Constitución de la República ha establecido como postulado que rige nuestro sistema procesal al principio de unidad de jurisdicción, el cual implica el impedimento de ejercer facultades jurisdiccionales por parte de los órganos que se encuadran en la Función Ejecutiva. Tal principio caracteriza a nuestra organización jurisdiccional como eminentemente judicialista, a diferencia de otros países –verbigracia Francia-, en donde es el Consejo de Estado quien juzga a la Administración, y por estar dicho órgano vinculado o formando parte de ésta, a más de separado de la Función Judicial, ha sido criticado duramente por la doctrina con el argumento de que existe al mismo tiempo juez y parte. Serían estas razones las que explicarían el contenido del inciso primero de la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la Constitución de la República,

¹³¹ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1989, Pgs. 479-497; Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, Pgs. 43-44.

porque en nuestro sistema no caben los esquemas conocidos como jurisdicción retenida o jurisdicción delegada.

La coactiva es un procedimiento administrativo y quienes lo llevan a efecto son funcionarios de la Administración. El artículo 158 del Código Tributario habla de una “acción coactiva” y el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil dice que la “Jurisdicción Coactiva” tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que en dicha norma se señalan. Dicha “jurisdicción”, en términos del artículo 942 *ibídem*, “[...] se ejerce privativamente por los respectivos empleados recaudadores de las instituciones indicadas en el artículo anterior”; es decir, por funcionarios administrativos. No obstante, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial caracteriza como jueces especiales a los que “ejercen jurisdicción coactiva”, de manera que podría observarse, al menos a primera vista, una doble condición de funcionarios administrativos y jueces, a lo cual se suma que los pretendidos “funcionarios administrativos – jueces” estaría resolviendo sobre un asunto que interesa a la misma organización a la que pertenecen. Sin embargo, si se atiende a todas las reflexiones expuestas sobre la autotutela y a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en especial la que determina la naturaleza de la coactiva y de quienes la ejercen, puede deducirse que a pesar de lo dicho en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, sea cual fuere la terminología –errónea por cierto- no existe razón suficiente para que se opere un cambio en la naturaleza del procedimiento de ejecución que comporta la coactiva, ni en el carácter del funcionario administrativo que la ejerce, pues aun cuando a éstos se les califique de “jueces especiales”, su labor no implica, de manera alguna, el ejercicio auténtico de la jurisdicción, sino de una competencia otorgada para a la recaudación de haberes públicos. Lo que caracteriza a la jurisdicción verdadera y propia es la imparcialidad y la neutralidad del juez. *Nemo iudex in causa sua*, a nadie puede considerarse verdadero juez cuando resuelve sobre sus propios asuntos.¹³²

¹³² Como dice Couture:

«La idoneidad de los órganos (jurisdiccionales) supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del órgano. Esa idoneidad exige, ante todo, la imparcialidad. El juez designado *ex post facto*, el *judex inhabilis* y el *judex suspectus* no son jueces idóneos.-

«Una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez inidóneo. Los ciudadanos no tienen un derecho adquirido a la sabiduría del juez; pero tienen un derecho adquirido a la independencia, a la autoridad y a la responsabilidad del juez». Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, Pg. 35.

De igual manera, Devis Echandía manifiesta:

«Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en que sus intereses personales se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo [...]»-

«De ahí las causales de impedimento y de recusación que en todos los códigos de procedimiento se han establecido». Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, Pg. 56.

En nuestra Constitución, se reconoce el derecho a la imparcialidad como principio del debido proceso y de la tutela judicial efectiva del siguiente modo:

«Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: [...]

17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley» (lo resaltado es del autor).

Lo cierto es que quienes ejercen la denominada “jurisdicción coactiva” son funcionarios de la Administración Pública, mas no jueces; y que la coactiva no es sino un procedimiento administrativo por el cual se cobran créditos públicos con fundamento en el privilegio de autotutela de la administración en una fase ejecutiva, sin que esto implique aplicar la jurisdicción en su verdadero y genuino significado de potestad pública que consiste en administrar justicia, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por estas razones, y por las explicaciones antes hechas, podemos afirmar que la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la Constitución de la República no es aplicable a la coactiva, por no tratarse de materia judicial.

Por último, cabe considerar que privar a la Administración Tributaria de sus facultades de ejecución coactiva para entregárselas al juez, supondría romper un esquema de independencia y de prerrogativas legítimas, que se explican, no como una odiosa ventaja o un antipático privilegio, sino como un medio que debe otorgarse para el eficaz y eficiente cumplimiento de los cometidos públicos que se encomiendan a la Administración. Además, las facultades de ejecución coactiva respetan el derecho de impugnar que tienen los contribuyentes, no sólo por haberse previsto la posibilidad de “excepciones”, sino, y mucho más aun, por los requisitos que deben cumplirse para iniciarse el procedimiento de ejecución. En efecto, el artículo 157 del Código Tributario precisa la existencia de previa sentencia o de actos ejecutivos, que sólo lo serán cuando se encuentren firmes o ejecutoriados, al haberse resuelto las posibles impugnaciones de los contribuyentes.¹³³ El sistema del Código Tributario respeta íntegramente la posibilidad de impugnar, que es decisiva para iniciarse el procedimiento ejecutivo.

3.3.- De sanción.

La facultad sancionadora de la Administración Tributaria se circunscribe al específico ámbito de las infracciones de carácter administrativo (contravenciones y faltas reglamentarias). Las sanciones correspondientes, en algunos casos, no requieren de previa resolución administrativa, como en los casos de multa por falta de declaración del tributo, según el artículo 100 de la Ley de Régimen Interno, que se deben pagar con el impuesto. En otros casos, la imposición de la sanción se la hace a través de un acto administrativo, como la clausura de establecimiento.

Lo característico de estas sanciones es su finalidad correctiva antes que represiva, a diferencia del sistema penal que procura la rehabilitación y reinserción social del sentenciado, conforme al artículo 208 de la Constitución de la República. Se trata, en suma, de *medidas de policía*, destinadas a alentar el cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes y facilitar los cometidos de la Administración Tributaria. Las sanciones que

¹³³ Como ya dijimos en el Capítulo Primero al hablar de la eficacia de los actos administrativos, la ejecutividad de los actos administrativos depende de su firmeza o ejecutoriedad, que en el sistema del Código Tributario, se vinculan o relacionan con la impugnabilidad.

se imponen, por ende, atienden a aspectos administrativos, aunque signifiquen una aflicción. Al respecto, y como señala Sarmiento García:

«La decisión que impone una sanción correctiva es, entonces, un tipo de acto administrativo, entre las muchas categorías de éstos que ya –y por obra de la doctrina y la jurisprudencia, que a la vez que elaboran soluciones, indican el camino de la sistematización y de la regulación normativa- se perfilan con nitidez, como las autorizaciones, las aprobaciones, las certificaciones, las órdenes de policía, etc.». ¹³⁴

El autor citado, destaca que al acto administrativo sancionador se le aplican las normas y principios reguladores generales de los actos administrativos, aun cuando es preciso señalar, básicamente, que la aplicación de sanciones correctivas requiere inexcusablemente de base legal, como consecuencia del principio *nullum crimen nulla poena sine legem*, que recoge la Constitución; que la imposición de la sanción requiere el respeto a las garantías del debido proceso, aunque no solo por su naturaleza punitiva, sino por aplicación de las normas reguladoras del procedimiento administrativo; y que la analogía en la imposición de sanciones no es admisible. ¹³⁵

3.4.- De resolución.

3.4.1.- El Código Tributario instituye un sistema de reclamaciones y recursos de índole administrativo, a través de los cuales se impugnan los actos administrativos que puedan afectar al contribuyente. En esta específica materia, nuevamente se presenta la discusión sobre el supuesto carácter y contenido jurisdiccional de las resoluciones que la Administración dicta en los procedimientos impugnatorios, pues puede decirse, de modo muy general, que a través de aquellas revisa la juridicidad de sus decisiones y aplica el derecho, a lo cual se suma que los procedimientos correspondientes cada vez más se “procesalizan”.

En esta concreta facultad de resolución, vale reiterar lo que antes se señaló: la jurisdicción supone imparcialidad y neutralidad de quien juzga. El procedimiento administrativo –en general- y el impugnatorio –en particular- tienen por función evitar la arbitrariedad de la Administración, estableciendo un cauce normal de su obrar en el cual se aplica el Derecho, lo cual representa una garantía de corrección. En el caso del procedimiento impugnatorio esta garantía se refuerza por la posibilidad de reaccionar e instar la revocación de los actos lesivos.

Sin embargo el procedimiento administrativo y el sistema de reclamaciones y recursos administrativos se topan con una particular problemática que puede condicionar la idea de garantía: es la misma Administración la que desarrolla el procedimiento para formular su *propia voluntad*, al tiempo que es ella misma quien resuelve sobre el recurso planteado contra *su propio acto o decisión*. Se llega así a plantear la exigencia de la tutela jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo, cuyo fundamento resulta de la necesidad someter las actuaciones de la Administración pública a juicio de un tercero imparcial, de manera que se

¹³⁴ Jorge Sarmiento García, “Los actos de gravamen en el Derecho Público”, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, Pg. 52.

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*, Pgs. 53-54.

haga efectiva la presencia de la justicia en las relaciones que aquélla establece con los administrados, y se asegure la vigencia del ordenamiento jurídico en las situaciones concretas.¹³⁶

Conforme lo manifiesta Jesús González Pérez, «El proceso administrativo es una manifestación del fenómeno procesal, como lo son el proceso civil y el penal».¹³⁷ De ésta afirmación y del fundamento arriba planteado, surge la distinción básica de éste instituto frente al procedimiento impugnatorio, y que puede deducirse de éstas palabras de García de Enterría y Fernández:

«*Nemo iudex in causa sua*. Nadie puede ser juez en sus propios asuntos, o dicho de otro modo, a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa. Es cierto que la resolución de los recursos administrativos se realiza a través de unos trámites y de unas formas con figura de juicio; es cierto, también que, en ocasiones, la semejanza externa entre el procedimiento de ciertos recursos administrativos y el proceso es muy notable [...]; es cierto, en fin, que cada vez es más acusada la “procesalización” de la normativa aplicable a los recursos administrativos; pero por mucha que sea la semejanza externa de los procedimientos, siempre faltará un elemento decisivo a la hora de definir y configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia».¹³⁸

En nuestro criterio, el procedimiento de impugnación, de reclamaciones y recursos administrativos, se explica por la idea de *control* que es propio de una recta y buena administración, y en función del principio fundamental de juridicidad que guía a la actividad administrativa, que incluye como criterio primordial el respeto a los derechos de los contribuyentes y administrados. Estos fundamentos sustentan el sistema de impugnaciones que, por una parte, protegen los derechos de las personas, y por otra, permiten que la Administración se someta al Derecho. Las resoluciones que se dictan en estos procedimientos constituyen actos administrativos.

3.4.2.- La Administración Tributaria, de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 103 del Código Tributario, tiene el deber de recibir toda petición o reclamo, inclusive el de pago indebido y de resolver sobre los mismos. Extrañamente, el Código contempla al pago indebido en el Libro III, que se refiere al “Procedimiento Contencioso”, dentro del Título II de dicho Libro, que trata “De la sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal”. Las reclamaciones de pago indebido, salvo los casos de acciones directas contempladas en el artículo 307, se tramitan dentro de un procedimiento administrativo, que concluye con un cabal acto administrativo. En tal virtud, no podría concebirse a dicho procedimiento como “contencioso”, en un sentido procesal, ni al acto de resolución como una suerte de sentencia, como sugeriría el contexto en que se encuentra reconocida la institución.

¹³⁶ Cfr. Francisco Tinajero Villamar, “El Contencioso-Administrativo en el Ecuador”, conferencia dictada el 20 de noviembre de 1986 en el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Los cien años de la Constitución”, Revista Ruptura, No. 35, Año. XLI, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1990, Pg. 63.

¹³⁷ Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, Pg. 43.

¹³⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1991, Pg. 485.

El artículo 122 del Código Tributario contempla los casos de pago indebido en los siguientes términos:

«Art. 122.- Pago indebido.- Se considerará pago indebido, el que se realice por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; el efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador. En iguales condiciones, se considerará pago indebido aquel que se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal».

Según Valdés Costa, la devolución de lo indebido tiene su fundamento en el principio de legalidad, según el cual el fisco no tiene derecho a ingresar y retener un importe, ni el sujeto pasivo está obligado a pagarlo, sin ley que lo establezca.¹³⁹ Justamente, la situación del pago indebido, como observa Arrijo Vizcaíno, significa que el sujeto pasivo está solucionando obligaciones que legalmente no han existido a su cargo.¹⁴⁰

En el artículo 123 del Código Tributario se establece la situación del pago en exceso, que es el que resulta en demasía en relación con el valor que debió pagarse al aplicar la tarifa prevista en la ley sobre la respectiva base imponible. En este caso sí existe jurídicamente una obligación tributaria a cargo del contribuyente, pero sucede que se la satisfizo en demasía. En esta situación, previa solicitud del contribuyente, la Administración debe devolver los saldos que aparezcan como tales en sus registros. Sin embargo, se contempla también la posibilidad de que el contribuyente proceda a compensar dichos saldos con obligaciones tributarias pendientes o futuras. El artículo citado contempla el evento de que la Administración no conteste la solicitud de devolución del pago en exceso o de que se haya restituido una cantidad incorrecta, caso en el cual se establece el derecho de presentar en cualquier momento un reclamo formal para la devolución, en los mismos términos que prevé el Código Tributario para el pago indebido.

La Ley de Régimen Tributario Interno contempla la situación de pago en exceso cuando se han operado retenciones o anticipos del impuesto a la renta sean mayores al tributo causado. En el caso de que el contribuyente opte por la compensación, la Ley prevé la posibilidad de verificar la corrección de dicha operación.

Por otra parte, los artículos 72, 73 y 74 de la citada Ley se refieren también a la devolución del IVA y se regulan los casos en que procede por exportación de bienes, pagos que hayan realizado las entidades del sector público, y pagos que se hayan realizado para adquisiciones de bienes para uso de los discapacitados.

En todos estos casos en que la Administración procede a la devolución del IVA o de lo pagado en exceso, aun cuando expresamente no se indique en las respectivas normas, existe implicado un acto administrativo. En efecto, las operaciones de devolución que realiza la Administración no podrían explicarse si previamente no se hubiese resuelto aceptar la petición o solicitud del contribuyente, lo cual implica también que se ha analizado su conformidad con el Derecho. Dichas operaciones de devolución de ningún modo se concretan en actos puramente materiales, sino que tienen un antecedente lógico e implícito

¹³⁹ Ramón Valdés Costa, Op. Cit., Pg. 366.

¹⁴⁰ Cfr. Adolfo Arrijo Vizcaíno, *Derecho Fiscal*, 13ª edición, México, Editorial Themis, 1998, Pg. 517.

en dicha resolución, esto es, en un acto administrativo que proviene de un análisis jurídico y que concluye con una aceptación. Al procederse a la devolución, el contribuyente entiende que su pretensión fue admitida por la Administración.

3.5.- De absolución de consulta.

La institución de la consulta tributaria constituye un importante instrumento para la seguridad jurídica que debe reinar en las relaciones entre Administración y contribuyente. Es un medio para garantizar la certeza en la aplicación de la ley tributaria, resolver casos dudosos y aproximar a la Administración a las situaciones reales de los contribuyentes. En palabras de José Vicente Troya Jaramillo:

«[...] quien consulta procura conocer anticipadamente cuál será el tratamiento tributario a que deberá someterse, tiene interés en ese conocimiento y pretende legítimamente que la Administración respete, cuando se produzca el caso concreto, el criterio de interpretación y aplicación de las normas emitido por ella misma».¹⁴¹

Como puede verse de esta cita, y de las normas pertinentes del Código Tributario, la consulta es un mecanismo a través del cual se pretende una toma de criterio por parte de la Administración sobre la inteligencia y aplicación ordenamiento jurídico tributario a una situación jurídica en particular. No se trata, por tanto, de un mecanismo de defensa del contribuyente.

El fundamento del derecho de consultar, según el autor citado, está en el derecho de petición, reconocido en el artículo 23 numeral 15 de la Constitución de la República: «El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado».

El artículo 135 del Código Tributario establece dos casos diferentes de consulta, con efectos distintos. En un primer caso, pueden consultar los sujetos pasivos que tuvieren un *interés propio y directo* sobre el régimen jurídico tributario aplicable a *determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse*, en cuyo caso, la absolución es *vinculante*. Este carácter de la absolución de la consulta tiene fundamento en el derecho de seguridad jurídica (artículo 23 numeral 26 de la Constitución) y en el principio general de la buena fe. En virtud del primero, en su aplicación a la Administración Pública, significa que la autoridad debe ser coherente con el contenido de sus propios actos, de tal modo que exista certeza en los contribuyentes (o administrados) sobre las consecuencias jurídicas que están implicadas. Se trataría de un acto administrativo *estable*, es decir, irrevocable y obligatorio para la propia Administración, siempre que sea regular.¹⁴² Por el

¹⁴¹ José Vicente Troya Jaramillo, “La consulta tributaria en el Ecuador”, *Compendio de Consultas Tributarias*, Dirección General de Rentas, 1990, Pg. XIII-XIV.

¹⁴² Cfr. Roberto Dromi, Op. Cit., Pg. 286. La doctrina, por lo general, asocia el acto administrativo estable a la concesión de derechos subjetivos, y de ser regular, lo considera irrevocable, en atención a los principios de buena fe y seguridad jurídica. Sin embargo, el mismo fundamento es aplicable a la absolución vinculante de la consulta tributaria, pues de ningún modo se podría admitir que la Administración actúe en contra de sus propios actos, con el resultado de incertidumbre y arbitrariedad que ello ocasiona. Ver al respecto, Jesús

segundo principio, aplicable por lo demás a todo ámbito jurídico, se postula la lealtad en las relaciones jurídicas, sin que sea justo ni lícito ir en contra de los propios actos. «La buena fe implica un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer» (sic), lo cual presupone la eficacia jurídica de la conducta vinculante, mucho más si de ella resulta la definición de una situación jurídica.¹⁴³

Como ya se ha anticipado, la absoluciónde la consulta –cuando es vinculante- comporta un acto administrativo, por cuanto produce, de modo directo e inmediato, un efecto o consecuencia jurídica en las relaciones y situaciones jurídicas.¹⁴⁴ Como ya advertimos, se trata de un acto administrativo estable, no obstante lo cual, el Código Tributario ha condicionado su efecto vinculante a la exactitud de los datos proporcionados por el interesado, y precisamente, el artículo 136 numeral 2 exige la relación clara y completa de los antecedentes y circunstancias que permitan a la Administración formarse un criterio exacto del caso consultado. En tal virtud, la falsedad, el error o el fraude comportan excepción a la estabilidad e irrevocabilidad, pues no sería jurídicamente admisible forzar a la Administración, sometida al principio de juridicidad, a que tolere la violación del ordenamiento jurídico.

En las consultas tributarias, como más adelante tendremos la oportunidad de demostrar, no opera el *efecto legal* del silencio administrativo, incluso el de sentido negativo, que sería propio de los petitorios, reclamaciones y recursos.¹⁴⁵ El problema de la falta de contestación, que evidentemente comporta la violación del derecho de petición, no ha sido resuelto satisfactoriamente por el Código Tributario. Sin embargo, habiendo fundamento en un derecho constitucional, podría interponerse un amparo por omisión ilegítima, no obstante lo cual, la resolución habida en esta vía constitucional sólo podría dirigirse a constreñir a la respuesta, pero no a determinar su contenido.

Por otra parte, tampoco es admisible interponer demanda en contra del acto administrativo de absoluciónde, pero en virtud del principio de seguridad jurídica y de buena fe, sí se pueden

González Pérez, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1989, Pg. 141.

¹⁴³ Ibidem, Pg. 137.

¹⁴⁴ Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, Op. Cit., Pgs. 35.

¹⁴⁵ Ningún tipo de efecto legal del silencio administrativo es procedente en las consultas, ni el de sentido negativo. Esto resulta evidente, porque si el silencio negativo permite entender negado lo que solicita el contribuyente para acudir al juez, se estaría convirtiendo a este en un órgano consultivo, de modo completamente inadmisibles a lo que comporta la jurisdicción. En efecto, el artículo 217 del Código Tributario determina el concepto y límites de dicha jurisdicción:

«La Jurisdicción contencioso-tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las *controversias* que se susciten entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes, responsables y terceros, *por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario*» (la cursiva nos pertenece).

Nótese que se habla de controversias, pero la proposición de una consulta y la no-absoluciónde oportuna de la misma de ninguna manera da lugar a dicha situación, pues lo que se pretende simplemente es una toma de criterio y no la resolución de un conflicto. Además, la consulta no es medio de impugnación ni de defensa y las únicas controversias posibles podrían derivarse, no de falta de pronunciamiento oportuno, sino sólo en relación con el acto expreso de absoluciónde, sea en caso de que la Administración no respete sus criterios -ya que la absoluciónde es vinculante-; sea en los actos de determinación subsiguientes, practicados conforme a opiniones vertidas en la respuesta y que sean erróneas.

impugnar los actos de determinación o liquidación dictados en contravención del criterio expuesto en la absolución, al tenor del inciso final del artículo 138:

«Los sujetos pasivos o entidades consultantes, no podrán interponer reclamo, recurso o acción judicial alguna contra el acto que absuelva su consulta, ni la Administración Tributaria podrá alterar posteriormente su criterio vinculante, salvo el caso de que las informaciones o documentos que sustentaren la consulta resulten erróneos, de notoria falsedad o si la absolución contraviniera a disposición legal expresa. Sin perjuicio de ello los contribuyentes podrán ejercer sus derechos contra el o los actos de determinación o de liquidación de obligaciones tributarias dictados de acuerdo con los criterios expuestos en la absolución de la consulta».

En el tema de la consulta tiene especial interés la legitimación. Anteriormente, se expresaba que podía consultar quien tuviera interés propio y directo, lo cual ampliaba su ámbito, no sólo a los sujetos pasivos, sino también a terceros. En la normativa vigente del Código Tributario, reformada por la Ley de Reforma Tributaria (Registro Oficial Suplemento No. 325 de 14 de mayo de 2001), sólo pueden consultar los sujetos pasivos que tuviesen un interés propio y directo. En nuestra opinión, es más correcto acudir, sin más, a una noción objetiva de interés calificado, antes que a lo subjetivo, porque esto último limita arbitrariamente las posibilidades de consulta para otras personas. La solución original es más respetuosa del derecho de petición sobre el cual se sustenta la consulta.

El segundo caso de consulta es el que pueden proponer las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del Sector Público, «[...] sobre el sentido de la ley tributaria en asuntos que interesen directamente a dichas entidades. Las absoluciones emitidas sobre la base de este tipo de consultas solo tendrán carácter informativo». La diferencia con el anterior caso está determinada por la calidad de quien comparece, *que no es de sujeto pasivo*, y por el alcance del asunto consultado, que no debería ser de los referidos a situaciones concretas, pues si así fuese, se estaría en las previsiones de la consulta vinculante.¹⁴⁶ La legitimación en este segundo caso se delimita, tanto por una idea de agrupación organizada, como por la noción de “asunto que interese directamente” a dichas entidades. Así, por ejemplo, la Cámara de Agricultura respecto de materias agrícolas, pero de ningún modo en relación con asuntos turísticos. El alcance de la absolución, necesariamente, será de carácter general, y a la postre, incidirá a una colectividad de individuos que se dediquen a la actividad sobre la que se relacionó la consulta. En rigor, lo que se está haciendo en este caso no es consultar, sino *informar*, con el aditamento de que en este caso puede trascender hacia la expedición de normas reglamentarias, conforme al artículo 137 inciso segundo del Código Tributario.

En este segundo caso, para efectos de nuestro estudio, interesa destacar que la absolución se queda en el ámbito de lo ilustrativo, como categóricamente expresa el Código Tributario. Este carácter presenta una singular problemática al momento de determinar la naturaleza jurídica de la absolución correspondiente. En el Capítulo Primero de este trabajo, tuvimos la oportunidad de especificar que el acto administrativo se dirige derechamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, de un modo directo e inmediato. Los actos administrativos se encaminan a la creación, modificación, o extinción de una

¹⁴⁶ Cfr. José Vicente Troya Jaramillo, Op. Cit., Pg. XV.

determinada relación jurídica, a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho o de otra circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación. En dicha oportunidad, también aclaramos que estos caracteres distinguen al acto administrativo de otras manifestaciones que, si bien tienen trascendencia jurídica, no tienen la virtualidad de producir los efectos descritos.

Las absoluciones puramente informativas y no vinculantes, como destaca Adame Martínez, implican que la Administración puede en cualquier momento cambiar el sentido de su contestación, sin que para ello sea preciso que exista ningún tipo de motivación. Los órganos administrativos podrían practicar sus actuaciones siguiendo un criterio distinto al recogido en la contestación a una consulta tributaria.¹⁴⁷ A esta apreciación se suma la circunstancia de que la absolución puramente informativa no tiene virtualidad de incidir decisivamente en las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y el consultante, muy a diferencia de lo que sucede con la consulta vinculante. Estas notas particulares nos permiten concluir que dicha absolución no tiene el carácter de acto administrativo.¹⁴⁸

Sin embargo, cabe también señalar que a la absolución puramente informativa no le escapan ciertos principios de derecho público, a igual que sucede con la consulta vinculante. La Administración debe ser coherente con sus propios actos, en aras de la seguridad jurídica y de la buena fe, y por ende, la absolución de la consulta puramente informativa podría servir de mecanismo de defensa al consultante si la Administración adopta conductas arbitrarias. No obstante, siempre queda el tratamiento jurídico que el Código Tributario depara para dicha absolución, que niega su virtualidad de producción de consecuencias jurídicas. En nuestra opinión, la absolución puramente informativa es un acto de simple administración, que tiene trascendencia jurídica, pero no alcanza a los efectos determinantes del acto administrativo.

4.- Fundamentos de la aplicación del acto administrativo consensual en materia tributaria.

En el Capítulo Primero, al exponer sobre la técnica de los actos administrativos consensuales, dijimos que su ámbito propio es el de la discrecionalidad y que su aplicación depende de la potestad de la que se trate. El carácter *ex lege* de la obligación tributaria sería una limitante, pues el contribuyente no puede eximirse de cumplir con dicha obligación, ni la Administración Tributaria puede dejar de percibirla o aceptar convenciones que

¹⁴⁷ Francisco Adame Martínez, *La consulta tributaria*, Granada, Editorial Dodeca, 2002, Pg. 105.

¹⁴⁸ En este punto cumple advertir que la determinación del carácter de acto administrativo responde a la apreciación de su virtualidad de producción o establecimiento de consecuencias jurídicas, de modo directo e inmediato, como se ha explicado. En lo relacionado con la naturaleza de la consulta tributaria, somos de la opinión de que no es relevante atender a la caracterización de la absolución como un acto de voluntad o de juicio. Autores como María Begoña Villaverde Gómez y Francisco Adame Martínez, acudiendo a las definiciones de Zanobini, que incluyen dentro de los actos administrativos a las declaraciones de juicio, concluyen que la absolución puramente informativa es un acto administrativo. En nuestro criterio, también las absoluciones vinculantes son declaraciones de juicio, pero tienen la trascendental diferencia de incidir directa e inmediatamente en las relaciones jurídicas, lo cual no sucede con la absolución puramente informativa. Ver, Francisco Adame, Op. Cit., Pgs. 40 y ss. María Begoña Villaverde Gómez, *Las consultas a la Administración Tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 69 y ss.

impliquen renuncia. De entrada, habría objeto ilícito en una fórmula de transacción que implique dispensa del tributo, pues se estaría violando directamente la ley que lo prevé y regula. De igual modo, una convención no podría gravar al contribuyente con una carga impositiva adicional a la fijada por la ley o inducirlo a renunciar sobre una exención o deducción. La discrecionalidad, al parecer, estaría vedada en el ámbito tributario. Como advierte Rosembuj:

«El fundamento de la crítica al poder discrecional se basa, por lo general, o en la vigencia del principio de legalidad, el cual imposibilitaría la disposición de intereses, previstos en el presupuesto legal, por obra de una valoración de oportunidad del ente público, o por la naturaleza instrumental de la norma tributaria que al tender a la regular disponibilidad monetaria del Fisco para hacer frente a los gastos obstaculizaría, en este aspecto, la valoración discrecional de la Administración (en cuanto, por ejemplo, pretendiera renunciar a la percepción de un impuesto o a la concesión de exenciones)».¹⁴⁹

Sin embargo, el mismo autor observa que la pretendida vinculación absoluta (carácter reglado) de la Administración Tributaria contrasta con múltiples disposiciones. En nuestro país, por ejemplo, al tenor de los artículos 152 y 153 del Código Tributario, al momento en que se debe decidir sobre la concesión de facilidades de pago, previa petición del contribuyente en la que se indique las razones fundadas que impidan realizar el pago de contado, frente a lo cual la Administración debe, motivadamente, resolver sobre si se concede o no lo solicitado, que evidentemente implica juzgar sobre las razones expuestas, y en caso afirmativo, definir los plazos. Así mismo, hay un juicio sobre conveniencia u oportunidad, en lo relacionado con el domicilio tributario especial, pues la Administración puede aceptar el lugar fijado por el contribuyente o exigir otro que *más convenga para facilitar la determinación y recaudación de tributos*, de conformidad con el artículo 62 *ibídem*. De igual manera, al establecerse los criterios para la determinación presuntiva en el impuesto a la renta, el artículo 24 numeral 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno, a más de las pautas expresamente señaladas, permite aplicar «Cualesquiera otros elementos de juicio relacionados con los ingresos del sujeto pasivo que pueda obtener el Servicio de Rentas Internas por medios permitidos por la Ley».

La verdad es que el principio fundamental de reserva de ley significa la proscripción de una arbitraria creación de obligaciones impositivas, al tiempo que ciñe a la ley la composición del tributo. Pero de ninguna manera ello postula que la ley tributaria sea una suerte de fórmula física a la cual se introducen datos para obtener resultados, de tal forma que la Administración Tributaria, que debe aplicar dicha ley, se convierta en un autómata en la toma de decisiones que permitan cumplir *eficaz y eficientemente* sus cometidos y los fines del régimen tributario. Esta circunstancia, de ningún modo atenta contra el principio de reserva de ley, sino que se relaciona con una idea de recta y buena administración, a través de decisiones oportunas e idóneas. Rosembuj, al respecto, manifiesta:

«La producción del acto discrecional se manifiesta luego de que habiendo la administración entrado en conocimiento y ponderado los diversos intereses decide su comportamiento y lo adopta aplicando reglas de experiencia (juicio de oportunidad).-

¹⁴⁹ Tulio Rosembuj, “Apuntes sobre la discrecionalidad en materia tributaria”, *Impuestos: doctrinas fundamentales 1942-2002*, Buenos Aires, La Ley, 2002, Pgs. 329-330.

«A fin de individualizar la naturaleza discrecional o no del poder, se debe indagar sobre la naturaleza del juicio. Toda vez que hay oportunidad o conveniencia existe discrecionalidad; en caso contrario no la hay.-

«La oportunidad del juicio está dada por su idoneidad para satisfacer el fin de interés público de competencia, por su congruencia con dicho propósito y la racionalidad que guarda con el mismo. Pero, por otra parte, el juicio de oportunidad requiere información de todos los elementos y datos necesarios y pertinentes plausibilidad de su motivación y coherencia lógica en su presentación.-

«Una reciente doctrina sostiene que la realización del acto discrecional requiere el concurso de un momento intelectual y de un momento volitivo. En el primer caso, la Administración conoce y valora los diversos intereses; en el segundo, dispone en aplicación de principios y reglas no jurídicas, sino de oportunidad. Para determinar la naturaleza discrecional o no del poder, se debe indagar sobre la naturaleza de la valoración: si ésta es meramente intelectual, ejecutiva de una completa voluntad legislativa, el poder no es discrecional; si en cambio es también volitiva, en el sentido que la apreciación subjetiva de la autoridad constituye un perfeccionamiento volitivo del presupuesto legal, determinando con dicha apreciación la escala de los intereses de la función en ese momento, el poder es discrecional».¹⁵⁰

Por otra parte, debe tenerse presente que las realidades sociales y económicas no se pueden expresar en modelos matemáticos, por lo que en materia tributaria existen conceptos jurídicos indeterminados, tales como “pérdidas comprobadas por caso fortuito o fuerza mayor”, “gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos”, etcétera. Junto al principio de legalidad, en materia tributaria existe a la par, y en igual dimensión, el de capacidad contributiva, que juntos definen la justicia que debe existir en la relación jurídica tributaria. Para hacer efectivos estos principios, no es posible que la ley, que es abstracta e impersonal, pueda definir *a priori*, las circunstancias de los sujetos pasivos. Por ello, justamente emplea conceptos indeterminados que son adaptables a las circunstancias particulares, para con ello definir la justicia de un concreto importe a pagar, por parte de un individuo singularizado, en expresión de su capacidad contributiva.¹⁵¹

Justamente para hacer realidad, una prestación tributaria ceñida a la ley, pero al mismo tiempo conforme a la capacidad contributiva, el derecho de participación del ciudadano juega un papel fundamental, pues el contribuyente es quien está en condición de expresar sus circunstancias particulares. El acto administrativo consensual, por ende, se requiere aquí por un principio de justicia.

En nuestro país existieron dos figuras aplicables a la determinación de la obligación tributaria con participación, a saber, el convenio tributario y la estimación objetiva global, ahora derogadas por la Ley 51 (Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993) y Ley 06-PCL (Registro Oficial Suplemento No. 98 de 30 de diciembre de 1996). Por el primer

¹⁵⁰ Tulio Rosembuj, Op. Cit., Pg. 331.

¹⁵¹ Cfr. Ángeles de Palma del Teso, Op. Cit., Pgs. 181-188; María Dolors Torregrosa Carné, “Técnicas procedimentales alternativas en los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2003, Pg. 249-254.

sistema, como indica De la Garza, existe un concierto con la Administración Tributaria a efectos de fijar la base imponible, lo cual sintonizaría la norma tributaria con la realidad de la situación económica del contribuyente.¹⁵² Al sistema de estimación objetiva global, por su parte, se podían acoger las personas naturales o jurídicas no obligadas a llevar contabilidad que ejerzan actividades empresariales o profesionales, para determinar la base imponible atribuible a dichas actividades, para fijar los impuestos a la renta y al valor agregado. Para el efecto, se configuraban juntas mixtas que se integraban por autoridades y contribuyentes. En esta figura había una forma de participación y de composición de intereses.

En nuestro criterio, el Ecuador requiere en materia tributaria –y en materia administrativa general- de técnicas participativas que eliminen el gran índice de conflictividad y rechazo que la ciudadanía tiene frente a las decisiones unilaterales, justamente, porque estas pugnan muchas veces con las realidades sociales. En lo tributario, la participación permite hacer efectivo el principio constitucional de capacidad contributiva (expresado como de igualdad en la Constitución) y lo que se requiere es de normas que la hagan efectiva y, sobre todo, de transparencia. Sin embargo, lo que ha sucedido en la práctica es el fácil expediente de la derogatoria.

5.- El silencio administrativo en materia tributaria.

La comprensión del fenómeno del silencio administrativo exige una previa calificación de su aspecto de valor jurídico.¹⁵³ Al respecto, es categórico determinar que la abstención de pronunciamiento en que puede incurrir la Administración Pública cuando le ha sido formulada una petición o pretensión, implica la violación de un deber de acción, y como tal, una infracción a la ley. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto unos efectos para el silencio administrativo, no debe llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos. Nos encontramos ante una patología, ante una situación incompatible con el derecho y con la eficacia y la eficiencia.

La Administración Pública tiene el deber jurídico de resolver expresamente y conforme a derecho, lo cual no se exime, ni por la calidad jurídica de lo que se pretende, ni por la oscuridad o falta de ley. La autoridad puede aceptar o rechazar las peticiones o pretensiones que se le formulen, pero siempre debe dictar una resolución para impedir que las instancias administrativas queden indefinidamente pendientes, ya que ello produciría un grave perjuicio para la regularidad de la actividad administrativa y para el derecho legítimo de los administrados.¹⁵⁴

La obligación de resolver se considera como un principio general aplicable a todas las ramas del derecho, y extensible, no sólo a los jueces, sino también a los funcionarios

¹⁵² Sergio Francisco de la Garza, Op. Cit., Pgs. 783.

¹⁵³ Sin embargo, el aspecto de valor jurídico no es el único parámetro de evaluación del fenómeno. A él se suma la apreciación correspondiente a la técnica administrativa, pues la situación pugna con el criterio de la eficacia y la eficiencia, naturales, por lo demás, a lo que debe calificarse como una buena y recta administración. Sobre los principios de eficacia y eficiencia, ver Vincenç Aguado i Cudolà, *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, Pg. 35 y ss.

¹⁵⁴ Gustavo Penagos, *El acto administrativo*, I, 5ta. Ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, Pg. 175. Horacio Creo Bay, *Amparo por mora de la Administración Pública*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, Pgs. 1 y 2.

administrativos frente a las peticiones, reclamaciones o recursos.¹⁵⁵ La oscuridad o falta de ley no excusa a la Administración de dictar un pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, ni de velar por la presencia de la justicia en sus relaciones jurídicas. El procedimiento administrativo y el sistema de recursos y reclamaciones constituyen una garantía para los administrados y un mecanismo de control jurídico, que no deben convertirse en quimera por la falta de claridad legislativa o por la no previsión de una determinada situación.

La obligación referida, con los caracteres destacados, tiene rango constitucional por ser correlativa al derecho fundamental de petición. Así resulta de la lectura del artículo 23 numeral 15 de la Constitución de la República que garantiza «El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes, en el plazo adecuado». Por consiguiente, al administrado debe contestársele, no sólo oportuna y expresamente, sino también de forma pertinente, y lo pertinente, en el ámbito de lo jurídico, es específicamente lo conforme a derecho. Estas reflexiones, además, atienden a la esencia misma del derecho de petición, que es cimiento de los mecanismos de garantía jurídica y de realización de la justicia, pues permite al administrado instar a la actividad administrativa, reclamar por sus derechos y por los actos que le perjudican, cuestionar el comportamiento de la autoridad y corregir los errores en los que ésta pueda incurrir. En virtud de ello, y conforme observa Helio Juan Zarini, «El silencio o la mora prolongada constituyen un acto arbitrario que lesiona el derecho de peticionar, que no puede ni debe tornarse ilusorio por falta de efectividad».¹⁵⁶

Por otra parte, la mora en el pronunciamiento expreso o el silencio constituyen una desviación de lo que exige una recta y buena administración. El ejercicio de las atribuciones, competencias y funciones públicas, al tenor del artículo 120 de la Constitución de la República, es un servicio a la colectividad, de manera que su desempeño no es una facultad, sino una obligación. Como indica Vincenç Aguado i Cudolà:

«La Administración al permanecer inactiva cuando tiene la obligación de resolver no está ejercitando ningún poder o función, sino que se está situando fuera de la legalidad. Esta ilegalidad cometida comporta que se produzcan unos determinados efectos, que en el caso del silencio administrativo comportan precisamente una limitación del poder que tenía que ejercitarse».¹⁵⁷

La trasgresión al deber de resolver, por el trasfondo ilegítimo que le es propio, acarrea responsabilidad, tanto para el funcionario como para el Estado o entidad pública a la que se pertenece, según los artículos 20 y 120 de la Constitución de la República.

El fenómeno del silencio administrativo se ha estudiado en el marco de la teoría del acto administrativo, perspectiva esta que implica, por una parte, el análisis de las disponibilidades de control jurisdiccional, y por otra parte, la confrontación de dicho fenómeno con la naturaleza del acto jurídico. En efecto, el acto administrativo ha sido considerado, bien como presupuesto procesal, bien como objeto de un proceso que se

¹⁵⁵ Juan Carlos Cassagne, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, Pgs. 56-57.

¹⁵⁶ Helio Juan Zarini, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, Pg. 401.

¹⁵⁷ Vincenç Aguado i Cudolà, *Op. Cit.*, Pg. 73.

particulariza por su carácter revisor e impugnatorio, y del cual la Administración podía escapar con el fácil expediente de no pronunciarse. Esta posibilidad determinó que, inicialmente, al silencio administrativo se le dé un significado denegatorio, previsto por la ley con el fin de que el administrado pudiera acudir a la jurisdicción. Por otra parte, desde una visión sustancial, el acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual es elemento esencial una declaración dirigida a producir determinados efectos jurídicos. Así, habrá silencio administrativo cuando la Administración se abstiene de expresarse, de tal modo que demuestre ante el administrado un comportamiento ambiguo, vago y equívoco del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión alguna.¹⁵⁸ Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de «[...] un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas».¹⁵⁹

Los efectos del silencio administrativo provienen directamente de la ley. No se trata de deducir una decisión a partir de la conducta silenciosa, ni de interpretar el comportamiento silente de la Administración, sino de sustituir la declaración que ésta no produjo por el criterio de resolución que para tal hipótesis expresamente preestablece la ley.¹⁶⁰ Con estas premisas, la doctrina distingue al silencio administrativo de las sutiles figuras del acto tácito e implícito, las cuales responden a formas de manifestación volitiva que, pese a no ser expresas, sí permiten conocer el querer de la Administración por medios indirectos.

El acto tácito es aquel que deriva de hechos, comportamientos o circunstancias (*facta concludentia*), cuya interpretación y análisis permite deducir de manera unívoca la existencia de una voluntad. Por ejemplo, si en un contrato administrativo se ha pactado la entrega de una obra en una determinada fecha, pero la recepción se realiza en otra distinta y nada dice la Administración sobre la mora, se podría entender una prórroga tácita.¹⁶¹ Por su parte, el acto implícito es aquel que se infiere de otros actos expresas. Cuando éstos últimos presuponen necesariamente la existencia de otra decisión, es decir, son incompatibles con la inexistencia de ella, cabe considerar que ha quedado configurado un acto implícito que incorpora tal decisión.¹⁶² Por ejemplo, la convocatoria para ocupar un cargo de libre remoción, lleva implícita la remoción del funcionario.

El fenómeno jurídico del silencio administrativo, contrariamente a lo que ocurre con el acto tácito y el implícito, se explica, no en virtud de una interpretación o deducción, sino como la sustitución legal de una voluntad no expresada, de modo que su significado tiene origen *ex lege* y no *ex voluntate*. De ahí que no sea correcto equiparar el silencio administrativo a los actos administrativos y afirmar que existe una “denegación tácita” o una “denegación

¹⁵⁸ Cfr. Vincenç Aguado i Cudolà, Op. Cit., Pgs. 53 y ss. Advertimos de antemano que no hablamos categóricamente de ausencia absoluta de voluntad, sino de una abstención de expresarla y de un comportamiento vago, equívoco y confuso frente al administrado. Como tendremos la oportunidad de expresar más adelante, bien es posible tal carencia absoluta, pero también puede haber silencio cuando la voluntad existe y no se expresa, de modo que, frente al administrado, se considera que no existe.

¹⁵⁹ Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, Pg. 245.

¹⁶⁰ Pedro Guillermo Altamira, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1971, Pgs. 922 y 923. Cita de Gustavo Penagos, Op. Cit., Pg. 176.

¹⁶¹ José Antonio García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1990, Pg. 75, Nt. 54.

¹⁶² Héctor A. Mairal, *Control judicial de la Administración Pública*, I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, Pg. 272.

presunta”. A lo sumo, y en referencia al silencio positivo, podría hablarse, de modo analógico, de un efecto legal con valor de acto o equivalente a un acto, en atención a que el que el administrado tendrá garantías de estabilidad respecto de lo que adquirió en virtud de la ley, como si se hubiese expedido un acto expreso favorable. La afirmación de que el silencio administrativo no puede equipararse al acto administrativo, tiene más asidero en la constatación de que este último, propiamente, se produce por el ejercicio de la función, lo cual no sucede en caso del silencio administrativo.¹⁶³

Por otra parte, tampoco es absolutamente exacto, como observa Vincenç Aguado i Cudolà, que el silencio administrativo signifique inexistencia de voluntad. Puede suceder que el acto administrativo se haya dictado dentro del plazo legal previsto, pero la falta de notificación oportuna implica, frente al administrado, un hecho objetivo de silencio.¹⁶⁴

La notificación, como puede verse, juega un papel decisivo a efectos del silencio administrativo, pues al momento de equilibrar la garantía del administrado frente a la producción efectiva de la voluntad administrativa, serán elementales principios de seguridad jurídica que inclinarán la balanza a favor del primero, a lo cual se suma la posibilidad de fraudes cometidos por quien tiene, propiamente en sus manos y no en las del administrado, la facilidad de hacer conocer sus decisiones. La notificación es requisito de eficacia del acto, independientemente de su validez, por cuanto permite que despliegue toda su potencia interna.¹⁶⁵ Evidentemente, de no practicarse la notificación oportunamente, no se podrá conocer el acto administrativo correspondiente, por lo cual habrá silencio respecto del contribuyente. Por lo demás, el artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado (LME) también impone el deber de notificar, y aunque esta ley no lo diga expresamente, hay que entender que la notificación debe efectuarse dentro de los quince días de que habla el artículo 28.¹⁶⁶

La notificación, como queda dicho, permite conocer el acto administrativo que dicta la administración respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que formule o interponga el contribuyente. En lo que concierne al silencio administrativo, como criterio general, puede afirmarse que la Administración descargará su responsabilidad cuando, razonablemente y de buena fe, la decisión pueda ser sabida por el interesado, en virtud de una notificación oportuna. Este acto pudo haber fallado por diversas circunstancias, no siempre imputables a la Administración, o incluso, la notificación puede ser defectuosa en algún aspecto formal, pero en estos casos no siempre podrá decirse que hubo silencio administrativo. En efecto, si se tiene presente la naturaleza de las cosas, y el silencio

¹⁶³ Vincenç Aguado i Cudolà, Op. Cit., Pg. 73.

¹⁶⁴ Ibídem, Pgs. 73-74. El autor citado, sin duda refiriéndose a la legislación española, indica, además, que «[...] la legislación toma especialmente en cuenta la existencia de una voluntad reflejada en el procedimiento en relación a los efectos que genera el silencio administrativo. Así, la normativa puede llegar a prever que los efectos estimatorios o desestimatorios dependan de la existencia de un informe favorable». Verdaderamente, en el caso planteado existe una voluntad, pero la ley puede darle el tratamiento de silencio.

¹⁶⁵ El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) así lo prevé en el artículo 125 numeral 2, y determina, en el artículo 115 numeral 2, que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo. Por su parte, el inciso segundo del artículo 85 del Código Tributario establece que la notificación es requisito de eficacia, y en el artículo 105 se la define, en la parte que nos interesa, como el “[...] acto por el cual se hace saber a una persona natural o jurídica el contenido de un acto o Resolución Administrativa [...]”.

¹⁶⁶ La notificación extemporánea, a efectos del silencio administrativo, comporta una resolución expresa tardía, a cuyo régimen nos referiremos más adelante.

administrativo es por naturaleza una abstención de pronunciamiento y de oportuna expresión frente al administrado, no cabe hablar jurídicamente de tal fenómeno cuando la Administración procuró pronunciarse y hacer conocer su decisión, pero tal propósito fracasó por las circunstancias o la deficiencia del mecanismo de notificación. En este caso hay verdadera declaración, y aun más, el intento efectivo de expresarla, pero el medio o las vicisitudes lo impidieron.

Es por demás obvio que el administrado tendrá que determinar su domicilio y lugar de notificación, sin que quepa alegar silencio cuando, bien por causa imputable a aquél, bien por fraude, la notificación y el conocimiento, no sea posible en cabal forma. En la materia que nos ocupa, el criterio gira entorno a que el administrado pueda, razonablemente y de buena fe, acceder al contenido del acto, y lo contrario, la ignorancia del mismo atribuible a la Administración como incumplimiento de un deber o elusión del mismo, es lo propio del silencio administrativo. Hay que acotar también, que el saber del acto puede ser parcial por una deficiente notificación, o que la Administración no se haya pronunciado sobre todas las peticiones o pretensiones, casos en los cuales habrá silencio respecto de lo no se comunicó o no se resolvió.

Los efectos jurídicos del silencio administrativo se producirán luego de transcurrido el tiempo legal previsto para que se produzca un acto administrativo, tema en el cual está implicada la notificación como queda explicado. En materia tributaria, el plazo es de ciento veinte días hábiles, de conformidad con los artículos 21 de la Ley 05 (Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994) y 132 del Código Tributario.

La operación de los efectos del silencio administrativo gira sobre un presupuesto fundamental: que la Administración haya tenido toda la oportunidad de pronunciarse y que cuente con los elementos de juicio necesarios para dictar una resolución conforme a derecho. Verdaderamente, ese es el propósito del procedimiento administrativo, sin que pueda acusarse a la Administración de incurrir en silencio cuando lo que falta es el elemento básico de un pronunciamiento. En tal virtud, la deficiencia sustancial en el petitorio, la ausencia de documentación esencial o de informes indispensables, o la carencia de pruebas, no permiten cumplir el fin del procedimiento y, por consiguiente, no será posible dictar un acto conforme a derecho ni acusarse a la Administración de callar. Además, debe haber posibilidad de finalizar el procedimiento y cumplir normalmente el plazo de los mismos, de modo que no cabrían situaciones fraudulentas provenientes del contribuyente, destinadas al retardar innecesariamente los trámites o a consumir el plazo. En la normativa del Código Tributario, el artículo 120 se refiere al caso de la reclamación oscura o que no reúne los requisitos legales, y dispone que de no aclarársela o completársela, se tendrá por no presentado el reclamo. Además, se ha previsto situaciones de interrupción del plazo para resolver cuando el contribuyente requiere informes o datos o cuando éstos sean necesarios para resolver (artículos 126, 127 y 132). Por último, y esto es evidente, el petitorio, reclamación o recurso debe presentarse ante autoridad competente, y en caso contrario, el plazo que se otorga a la Administración para pronunciarse debería contarse desde la fecha en que la autoridad competente recibe en toda regla la petición, reclamación o recurso propuestos.

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, se ha advertido que tienen una diferencia sustancial, de manera que no pueden ser considerados unitariamente.¹⁶⁷ Es menester tratar cada caso por separado, destacando su funcionalidad, significación y efectos particulares, para poder apreciar el notable distanciamiento que existe entre cada categoría.

1) El silencio administrativo negativo. Para estudiar este tipo de silencio administrativo, debe tenerse presente, por una parte, que el proceso contencioso administrativo se lo ha configurado con un carácter impugnatorio de actos previos, lo cual se ve reflejado en el artículo 220 del Código Tributario; y, por otra parte, que nuestra legislación, hasta antes de las reformas del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, exigía la proposición de una reclamación administrativa como requisitos previos al acceso a la jurisdicción.

En virtud de la autotutela de que goza la Administración Pública, el juez no puede interferir en todo momento del desenvolvimiento de la labor de aquella, o en toda oportunidad del desarrollo y preparación de sus manifestaciones de decisiones; en virtud de aquel ámbito de independencia entre las funciones públicas que debe ser respetado y asegurado. La articulación entre la autotutela y la jurisdicción se expresa en el carácter impugnatorio de actos previos con el que se configura al contencioso – administrativo, pues se respeta el ámbito de producción jurídica de la Administración y se espera a que esta dicte un acto o resolución para que opere la jurisdicción.¹⁶⁸

Conforme a la explicación que antecede, es fácil observar que, abusando de los privilegios que le concede la autotutela, la Administración podría eludir fácilmente el control jurisdiccional con el cómodo expediente de no manifestar su voluntad (emitir un acto administrativo) ante una petición que se le formula sobre algo que es de interés del administrado. De esta manera, al no haber acto previo, el juez no podría actuar, y los derechos del administrado quedarían seriamente afectados. Por otra parte, aun cuando haya un acto que impugnar, en un contexto en que se impone la carga de la reclamación administrativa previa, la ausencia de resolución impediría, bien acceder a las siguientes instancias administrativas que pudieren estar previstas, bien acudir al juez para impugnar el acto que se considera lesivo para el administrado.

Esta fisura del sistema de tutela jurídica es, precisamente, la causa y origen de la técnica del silencio administrativo de efectos negativos: pasado cierto tiempo sin resolver la Administración, el administrado o contribuyente podrá entender denegadas sus peticiones o pretensiones, para acceder a la instancia siguiente en la misma vía administrativa, o a la vía jurisdiccional,¹⁶⁹ no obstante lo cual, la Administración no está eximida del deber de resolver y se puede dictar una resolución expresa tardía.¹⁷⁰ Visto este panorama, se pueden hacer las siguientes reflexiones:

¹⁶⁷ José Antonio García-Trevijano Garnica (Op. Cit., Pg. 79) advierte el distanciamiento entre los tipos de efectos del silencio administrativo, al cual lo define de la siguiente manera: «[...] como una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o recurso formulado por los particulares u otras Administraciones».

¹⁶⁸ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pg. 479-482 y 514-515.

¹⁶⁹ Cfr. Ibid., Pg. 577.

¹⁷⁰ Como afirman García de Enterría y Fernández:

«El silencio negativo no es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir, la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, ante lo

a) El silencio administrativo de efectos negativos constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, que suple el requerimiento del acto o resolución administrativa previa con el concreto fin de no obstaculizar el ejercicio de la acción procesal, y de permitir la fiscalización judicial. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no traduce novedad alguna en la situación jurídico-sustancial del administrado; no agrega ni quita nada, pues solamente confirma en derecho una situación de hecho: el interesado no adquiere lo que solicita o pretende.¹⁷¹

b) Al silencio administrativo negativo se lo ha instituido en beneficio del administrado o contribuyente, como uno más de los medios de garantía jurídica que le otorga el derecho positivo. Es un contrapeso necesario a los privilegios de autotutela y de reclamación previa de que goza la Administración. Con él se pretende evitar la indefensión del contribuyente, que vería seriamente limitadas sus posibilidades de defensa si la norma no instituyese la técnica de los efectos denegatorios ante el hecho del silencio.¹⁷²

c) El silencio administrativo negativo no exime a la Administración de su deber de resolver expresamente, como ya lo hemos advertido. Esto da lugar a la posibilidad de resoluciones expresas tardías, es decir, a aquellas que se producen luego de cumplido el plazo dentro del cual se debió decidir, y que tienen un cierto valor jurídico, aun cuando se haya iniciado un proceso ante los órganos jurisdiccionales.

2) Silencio administrativo positivo. Con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, a la cual se sumaría la Ley 51 (reformada por la Ley 05) para el ámbito tributario,¹⁷³ se transforma radicalmente el sistema anterior, pues, con pretensiones de generalización, se

cual no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar el sentido de una voluntad que no existe. No siendo propiamente un acto, sino la ausencia de acto, no es posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídico-materiales, ni cabe añadirse los adjetivos que se aplican a los actos propiamente tales para decir que ha quedado firme o consentido o que ha sido posteriormente confirmado». Ibidem., Pg. 577.

¹⁷¹ Ernesto García-Trevijano Garnica, Op. Cit., Pg. 88. El texto del artículo 134 del Código Tributario, debió ser reformado en la Codificación publicada en el Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005, pues se explica en el contexto de un régimen jurídico de silencio administrativo negativo. No se exime a la Administración del deber de resolver, aun cuando se hubiese iniciado un proceso por el silencio administrativo, lo cual implicaba, como consecuencia lógica, la posibilidad dictar una resolución expresa tardía que podía ser estimatoria o denegatoria de la reclamación. Acorde con todo ello, también puede decirse que el silencio no es un modo de terminar el procedimiento administrativo-tributario (como sí lo es la resolución expresa que es acto administrativo), por el mismo hecho de que subsiste el deber de resolver y la posibilidad de la resolución expresa tardía.

¹⁷² En materia tributaria, el contribuyente no estaba constreñido a la única solución del silencio negativo, en cuanto técnica que deja expedita la acción procesal. Concebido el silencio en su beneficio, se sigue también que considerar desestimadas por silencio sus peticiones o pretensiones era una opción a la cual el contribuyente accedía si lo considera conveniente. Esto resultaba, tanto del tenor literal del derogado artículo 102 del Código Tributario, que empleaba los potenciales “podrá” y “facultará”, como de la previsión del remedio del recurso de queja ante el superior jerárquico. Por consiguiente, el contribuyente podía también esperar, y aún exigir, el cumplimiento del deber legal que recae sobre la Administración, y que de ninguna manera le exime el silencio administrativo.

¹⁷³ Ver, disposición final primera de la Ley 51, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, la cual fue reformada por la Ley 05, publicada en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994.

introducen en la legislación ecuatoriana los efectos positivos para el silencio de la Administración.¹⁷⁴

El silencio administrativo positivo, a diferencia de la categoría que anteriormente hemos analizado, presenta una radical diferencia sustancial y de régimen jurídico. Los efectos previstos por la ley sustituyen a la decisión de la Administración, tienen el valor de una decisión administrativa o equivalen a ella, y comportan un cambio jurídico-material en la situación del administrado. Aquel efecto legal, con valor análogo al de un acto administrativo, en principio, no podrá ser atacado por una resolución expresa tardía de signo contrario, y sólo podría ser retirado válidamente del mundo jurídico por medio de la acción de lesividad. Así sucede en el ámbito regulado por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (artículo 130 numeral 3), al sancionar con nulidad absoluta a las respuestas expresas tardías.

No obstante, con un criterio que rompe el sistema del silencio administrativo positivo que impera en nuestro país, el artículo 134 del Código Tributario de la vigente codificación establece que el silencio administrativo no excluye el deber de la administración de dictar resolución expresa, aunque se hubiere deducido acción contenciosa por el silencio administrativo. En este evento, si la resolución expresa tardía admite en su totalidad la petición o pretensión, termina la controversia; si lo hace en parte, sirven como elemento de juicio para sentencia; y, si la resolución es íntegramente negativa, no surte efecto alguno.

La norma aludida es la que correspondía al inciso segundo del artículo 127 de la anterior codificación del Código Tributario, la cual continúa vigente desde antes de las reformas incorporadas por la Ley de Modernización y las leyes tributarias que establecieron el efecto positivo del silencio. En otros términos, aquella norma es propia de un contexto normativo dentro del cual la regla era la del efecto negativo del silencio administrativo, y al haberla conservado sin la debida reforma, se produce una situación de incongruencia y anacronismo con el régimen jurídico actual.

Reiteramos que el efecto legal positivo del silencio administrativo equivale a una ficción de acto administrativo declarativo de derechos, que únicamente podría ser eliminado del mundo jurídico por la vía de lesividad. Sin embargo, permitir una respuesta expresa tardía en un sistema de silencio positivo, permite que los derechos adquiridos por el ministerio de la ley puedan ser alterados o negados por la Administración Tributaria. Es evidente que esto ocasiona una situación de incertidumbre y precariedad en la situación jurídica del contribuyente.

El propósito del legislador al instituir el silencio administrativo positivo, claramente manifestado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, es fortalecer el derecho de petición, y se defiende la solución legal con el afán de hacer, a la fuerza, eficiente a la Administración. Sin perjuicio de las críticas que merece el sistema vigente, lo coherente con el mismo es que el contribuyente no se vea afectado por una resolución expresa tardía de la

¹⁷⁴ En el sistema anterior, el silencio administrativo era excepcional y destacaba su aplicación en el ámbito de la fiscalización y control entre administraciones públicas. A título de ejemplo, ver los artículos 57 de la Ley de Régimen Provincial y 8 del Decreto Supremo 1383 (R.O. 197 de 4 de diciembre de 1972) sobre la exigencia del dictamen del CONADE en relación con el presupuesto municipal.

Administración Tributaria, y que sea el órgano jurisdiccional quien resuelva sobre si el petitorio es de tal manera conforme con el ordenamiento jurídico como para que se produzca una lícita adquisición de un derecho.

3) Crítica al sistema vigente. En las disposiciones de la Ley de Modernización y de otros cuerpos legales, se puede ver una conciencia de lo ilegítimo de la figura, pues se habla de la responsabilidad de los funcionarios por la ocurrencia del silencio y se instituyen sanciones. El mismo propósito de tutela del derecho de petición y de procura de eficacia en la Administración, loable e ineludible en sus principios, invita a ser críticos con el medio; a valorarlo en su función e idoneidad respecto al fin, que debe traducirse en la efectiva garantía que pretende lograr. Al respecto, pueden hacerse las siguientes reflexiones, no sólo aplicables a la materia tributaria, sino a la generalidad de los casos:

a) En primer término, lo acorde y respetuoso, tanto con los principios de eficacia y eficiencia, como con el derecho fundamental de petición, es el pronunciamiento expreso, oportuno y pertinente. Lo que atenta contra esos principios y derecho es el silencio e inactividad de la Administración, por lo que el medio idóneo en relación con el fin debe diseñarse con miras a curar el mal directamente y lograr el propósito buscado que, en suma, traduce la garantía conjunta del interés general y del derecho del particular.¹⁷⁵ La previsión de efectos legales para el silencio administrativo, positivo o negativo, es un paliativo modesto que no cura la enfermedad, que no sana en sí misma la infracción jurídica en que consiste la abstención de pronunciamiento. A ello se suma que la técnica legislativa alienta a la consolidación de situaciones ilegítimas, porque prescinde del ejercicio debido de las funciones y del cúmulo de garantías que encierra el procedimiento administrativo.¹⁷⁶ La previsión de efectos legales para el silencio siempre será una exigencia de la seguridad jurídica, pero no debe llegarse a la convicción de que encierra solución.

Por otra parte, la respuesta jurídica al fenómeno del silencio e inactividad debe acompañarse de las soluciones de la técnica administrativa. Para solucionar el problema, que se enmarca en las deficientes y caducas estructuras de la organización burocrática (y aun política). La ley no basta. Es en este específico tema en el que se recuerda la expresión de viejo cuño que afirma que la realidad no se cambia por decreto, y al respecto, aunque el ordenamiento postule la celeridad y diversos preceptos para conseguirla, será la técnica la que tendrá el papel de la puesta en práctica.¹⁷⁷

b) El sistema imperante es reprochable por la indiscriminada generalización de los efectos positivos del silencio, sin previsiones legales sobre límites y requisitos. El Derecho

¹⁷⁵ No cabe aislar el interés general del derecho del administrado, sino que deben entenderse de modo armónico y justo. La historia demuestra que es tan aberrante la consagración del autoritarismo, a título de actitud servil hacia una noción difusa e incommensurable de interés general, como la consagración del individualismo egoísta y exacerbado. Hemos llegado a un momento en que la noción de bien común, que no es un mero juego de palabras que sustituye a la idea autoritaria de “interés general”, consiste, precisamente, en que en el interés general están involucrados todos los derechos fundamentales, de modo que la actividad del Estado tiene un marcado carácter humanista, y se explica en función del hombre y de su bienestar integral.

¹⁷⁶ Vincencç Aguado i Cudolà, Op. Cit., Pgs. 153 y ss.

¹⁷⁷ Al menos tres mecanismos técnicos podrían señalarse: a) La dotación de medios materiales, en donde la informática juega un papel crucial; b) la reingeniería de procesos; y, c) la capacitación de los funcionarios y la adecuada selección. La solución del problema, por lo demás y como siempre, requiere de una buena dosis de decisión política que no se quede en el inoperante expediente del diagnóstico.

Administrativo y Tributario son ricos en instituciones y figuras jurídicas que tienen caracteres y fines muy particulares, lo cual exigen una regulación adecuada a los mismos. Piénsese, por ejemplo, en el recurso extraordinario de revisión que, ataca, nada menos, que a actos firmes o ejecutoriados, los cuales contienen la fuerza de la cosa decidida, que están llamados a cumplirse, y que sólo pueden ser revocados por causas especialísimas. ¿Cabe preguntarse si cabe que el silencio positivo, sin limitación alguna, pueda suplir aquéllas causas? ¿Basta con la interposición del recurso y el transcurso del plazo previsto para resolver, para que la sola abstención de pronunciamiento, en detrimento de la seguridad jurídica, pueda traer como consecuencia la revocación de unos actos obligatorios que, indefectiblemente, están llamados a cumplirse?

Verdaderamente, en algunos casos, los derechos pueden salir favorecidos por un silencio positivo. Nadie niega que la Administración pueda cometer excesos plausibles y manifiestos, e irrogar perjuicios al particular. Pero ello no justifica la conclusión de que la actividad administrativa sea, a ultranza, el obstáculo insalvable que entorpece y fastidia el ejercicio de los derechos. De igual modo, la generalización indiscriminada del efecto positivo del silencio denota, a pretexto del derecho de petición (mal entendido por cierto), un voto ingenuo de confianza a las peticiones y pretensiones de los particulares, que pueden ser también inicuas, inmorales e ilegales. Si el silencio administrativo es, generalizadamente, de efectos positivos, junto a las pretensiones justas pueden admitirse las más absurdas e contrarias a lo jurídico, aquellas que atentan contra el interés general, o las que pueden menoscabar los derechos de los demás. Al respecto, la normativa legal, si se quiere mantener el sistema, debe ser por demás precisa y detallada de las situaciones, pero se observa poco discrimen, regulación y reflexión sobre las diversas circunstancias que pueden presentarse en la vida real.

b) A lo ya dicho sobre la insuficiente regulación respecto de los límites del silencio positivo, y la falta de atención sobre las particularidades de los diversos institutos y figuras, hay que sumar la falta de previsión de unos mecanismos para traducir en la práctica lo ganado por silencio. En palabras de Díez:

«Es indudable que el silencio positivo resultaría más cómodo para el particular, pero ello no significa que le proporcione una mayor garantía. Además debe presumirse que esta institución no tendría la eficacia práctica que parece atribuírsele, ya que una vez producido el silencio positivo, es decir, con valor estimatorio ¿cómo es posible obligar a la administración a que ejecute este acto administrativo tácito? Si la administración se ha resistido a resolver la petición del particular, más se resistirá a ejecutar un acuerdo que no ha adoptado».¹⁷⁸

En relación con esto último, cabe destacar que de ninguna manera se logra el objetivo de fortalecer el derecho de petición, como ilusoriamente se propone la legislación actual. Además, para traducir en la realidad lo conseguido por silencio, se precisaría una especie de trámite de ejecución que podría suponer tantos inconvenientes como la solución misma del silencio negativo.

¹⁷⁸ Op. Cit., Pg. 251.

La situación descrita, sin duda, ha querido paliarse con el expediente del “certificado del silencio”, con “inspiración” en la legislación española. Sin embargo, muy poco realista es la solución. Como indica Garrido Falla:

«Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del silencio “positivo” estaba en la inexistencia de un documento que acreditase tales efectos. Si, previa solicitud no contestada, realizo obras de ampliación de una industria y el modesto agente municipal que tiene la misión de vigilar obras ilegales me requiere para que le enseñe la licencia municipal, posiblemente no quedará satisfecho si le enseño la copia sellada de mi petición y le invito a que compruebe el plazo transcurrido. Se limitará a tomar nota de las obras que ha visitado y a cursar la correspondiente denuncia (a lo más recogerá en el “acta” mis protestas sobre el “silencio positivo”). Otro ejemplo más significativo: si alguien solicita de un banco un crédito para realizar unas edificaciones ¿se conformará la entidad bancaria con la petición no contestada?».

El mismo autor, más adelante, detecta la dificultad evidente de pretender que la Administración otorgue el certificado, por lo que estamos nuevamente en una variante al problema descrito por Díez: si la Administración no ha querido resolver, más difícil será exigirle que lo certifique, peor aun cuando del silencio puede derivarse responsabilidad.¹⁷⁹

c) El silencio administrativo positivo genera inseguridad e incertidumbre para el administrado o contribuyente, quien, aparentemente, resulta beneficiado por la figura. Adelantándonos un poco a lo que más ya se dirá, cabe destacar que la doctrina considera que el silencio administrativo positivo sólo podría operar cuando la petición o pretensión es conforme a derecho, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, y cuando se han cumplido los requisitos esenciales que condicionan una resolución expresa. De no observarse estos postulados, simplemente no se generará ningún efecto legal, ante lo cual surgiría un problema, especialmente en aquellos casos en que el administrado o contribuyente tiene la posibilidad de ejecutar por sí mismo lo obtenido por silencio, pues deberá apreciar y decidir unilateralmente -evidentemente sin ayuda de una Administración silente e incumplidora- si verdaderamente obtuvo lo solicitado y los límites de su actuación.¹⁸⁰ Si no acierta en sus apreciaciones, se verá sometido al riesgo de las correcciones que en Derecho correspondan, por no tener el soporte legal lo supuestamente ganado por silencio, o por haberse excedido de la medida legal.

«Pues bien, desde la perspectiva del interesado, la efectividad del silencio positivo es más que dudosa. Cuando sea discutible u opinable si la petición se acomoda o no a la legalidad, el interesado -si opta por actuar- se verá sumido en un indudable riesgo; como ha señalado Santamaría Pastor, el interesado se encontrará en el dilema de hacer o no hacer uso del silencio, sin que ni siquiera pueda en principio acudir a los

¹⁷⁹ Fernando Garrido Falla, “La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 082, abril-junio, 1994, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

¹⁸⁰ En los casos en que se requiere que el administrado o contribuyente dirijan una pretensión de cumplimiento a la Administración, ésta podría negarse expresamente a ejecutar lo ganado por silencio con el argumento de que es contrario a la legalidad, o que no se han cumplido los requisitos legales. También podría aceptar la pretensión, pero señalar unos límites. En todo caso, las discrepancias relacionadas con todo ello serían resueltas por el órgano jurisdiccional.

Tribunales para que se clarifique su situación, ya que no puede actuar como demandante para que se confirme un acto presunto (por silencio positivo)».¹⁸¹

d) El silencio administrativo debe tener, por regla general, o por lo menos supletoria, un efecto negativo; y consideramos un craso error en nuestra legislación la consagración generalizada de un efecto positivo para el mismo. Lo prudente es establecer la solución del silencio positivo de forma casuista, en atención a las extraordinarias consecuencias que esta figura produce. Esto podría darse, por ejemplo, en ciertos casos en que se requieren autorizaciones o aprobaciones por parte de la Administración, y que versen sobre actos o actividades perfectamente lícitas, que se verían conculcadas en su ejercicio por la mora en el pronunciamiento, y siempre que ésta pueda causar un perjuicio caracterizado por tres requisitos: a) certeza en su inminente realización; b) gravedad; c) dificultad o imposibilidad manifiesta de repararlo. Además, es justificable el silencio positivo cuando se trate de actividades de control y fiscalización que puedan entorpecer la actividad particular o las de otras administraciones. En el caso del régimen seccional autónomo, hay un bien común local que realizar, y no cabe que el servicio a la colectividad que prestan se vea obstaculizado por las demoras en que puede incurrir el órgano fiscalizador o contralor.

Es el legislador quien debe establecer los casos en que el silencio positivo se justificaría, según los rectos dictámenes de la prudencia legislativa y de la justicia. Al respecto, consideramos que se deberían tener en cuenta los siguientes criterios: a) debe buscarse equilibrio entre el daño que puede irrogarse al particular por la mora en el pronunciamiento, y el eventual perjuicio que puede sufrir el interés general que representa la Administración, o los intereses de terceros, lo cual se podría determinar sopesando dichas situaciones, según lo que concretamente se pretende normar; b) es menester que se considere la posibilidad de que, en caso de producirse el silencio de efectos positivos, haya forma de restaurar las cosas a su estado original, para que dichos efectos no produzcan un perjuicio irreparable para los intereses de la Administración, o para los de terceros; c) el silencio positivo se justificaría únicamente en caso de facultades regladas (siempre y cuando la prudencia y la justicia así lo dictaminen), pero jamás en relación con las discrecionales, o en aquellos casos en que las resoluciones administrativas tengan repercusiones en los intereses colectivos; d) se debe, por último, atender a las posibilidades prácticas de ejecutar lo ganado por silencio administrativo, y establecer unas limitaciones precisas.

Con estas observaciones, es menester tratar sobre los límites de los efectos del silencio administrativo positivo y los casos de inaplicabilidad de la figura. Ya nos hemos referido a un primer límite que la doctrina plantea respecto de los efectos del silencio positivo, y que postula que no cabe la operatividad de esta figura contra lo que dispone el ordenamiento jurídico. Como expresan García de Enterría y Fernández:

¹⁸¹ Ernesto García-Trevijano Garnica, Op. Cit., Pg. 179. Hay una cita de Juan Alfonso Santamaría Pástor, “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *Documentación Administrativa* (Madrid), 208 (1986): 112.

En sentido similar, y advirtiendo la situación de incertidumbre que se produce por aplicación del principio de que no cabe silencio positivo contra legem, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, sostienen (Op. Cit. Pg. 586):

«Producido el silencio, se entiende obtenido un acto autorizatorio o aprobatorio en los límites de la legalidad aplicable, pero, si en curso de ejecución se produce el conflicto, ¿cómo determinar esos límites?, ¿qué interpretación deberá prevalecer?, pues con toda frecuencia la aplicación de la Ley exige optar por una interpretación de las varias posibles, en principio».

«[...] el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla».¹⁸²

Un segundo límite del silencio positivo, al cual también ya hemos hecho alusión, se relaciona con la necesidad de que se haya aportado la documentación esencial¹⁸³ o prueba suficiente de lo que solicita. En torno a ello, cabe sentar un postulado: si la Administración no tiene la oportunidad de expresarse, mal podría acusársele de callar, de incurrir en silencio.¹⁸⁴ En efecto, si la lógica de los requisitos o de las instituciones exige del administrado o contribuyente, expresa o implícitamente, prueba o documentación que respalde una petición o recurso, los efectos estimatorios del silencio no pueden operar sin ella.

«Este tipo de silencio no constituye una técnica para permitir a los administrados obviar la obtención y aportación de la documentación precisa mediante la simple presentación de una instancia o petición. Por el contrario, el silencio positivo es concebido como una técnica para agilizar la actuación administrativa, aunque sea a través de un acto presunto, permitiendo una relativamente rápida respuesta al interesado, pero siempre sobre la base de que éste haya cumplido previamente con todos los requisitos exigidos en el caso concreto de que se trate. En otras palabras, el silencio positivo no constituye un instrumento para liberar al administrado del cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico si quiere llevar a cabo una determinada actividad».¹⁸⁵

Por último, el silencio administrativo positivo no podrá suplir, atenta la naturaleza de los trámites, los actos previos o los requisitos de procedimiento que la ley exige cumplir para adoptar válidamente una resolución final. Si dichos actos y requisitos tienen la especial virtualidad de permitir una resolución expresa, o se integran a ella para determinar un cierto contenido, mientras no sean cumplidos no podrá surgir ningún efecto legal, ni siquiera de forma expresa. La Administración debe tener la posibilidad, no sólo de expresarse –como ya lo hemos dicho arriba–, sino también la de emitir una resolución válida, que está condicionada al cumplimiento de los actos de trámite previos y de los requisitos de procedimiento.¹⁸⁶

¹⁸² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pgs. 585-596. En el mismo sentido, José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pgs. 168-169; Ernesto García-Trevijano Garnica, Op. Cit. Pgs. 173 y ss.

¹⁸³ Decimos “esencial” porque tampoco es justificable que se alegue la no-operatividad del silencio, si lo que falta es una fotocopia o documentos prescindibles.

¹⁸⁴ Ernesto García-Trevijano Garnica, Op. Cit., Pgs. 170.

¹⁸⁵ Ibid., Pgs. 138-139.

¹⁸⁶ A partir de la expedición de las normas de procedimiento administrativo común (Decreto Ejecutivo No. 3389, publicado en el Registro Oficial No. 733 de 27 de diciembre de 2002), ha habido un avance, aunque técnicamente insuficiente, en las regulaciones del silencio. En efecto, el artículo 129 literal f) del ERJAFE castiga con la nulidad de pleno derecho a “Los actos expresos o *presuntos* contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición [...]” (la cursiva nos pertenece). Sin embargo, la norma puede traer algunas complicaciones

En cuanto a la inaplicabilidad del silencio administrativo positivo, somos de la opinión de que éste no opera en los siguientes casos:

A) Las consultas. El texto del antiguo inciso segundo del artículo 102 del Código Tributario, disponía lo siguiente: «Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exija Resolución de la Administración, el silencio de la autoridad no puede suplirla». Esta norma fue inexplicablemente eliminada en la Codificación del Código Tributario que está vigente. Aquella norma que no consta en la Codificación, sea cual fuere el régimen jurídico del silencio administrativo, era acorde con ciertas instituciones, que por su naturaleza jurídica y finalidad, requerían necesariamente de una respuesta expresa de la Administración. Este sería el caso preciso de la consulta tributaria.

No obstante la ligereza legislativa antes apuntada, somos del criterio de que el silencio administrativo no puede ser admisible en las consultas tributarias.¹⁸⁷ Ante todo, tiene que tenerse presente que la consulta no es un instrumento de defensa del contribuyente –como sí lo son las reclamaciones y recursos administrativos–, ni un medio que esté previsto para proponer alguna petición (por ejemplo, la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta, de conformidad al artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno). Lo natural, lógico y acorde con la finalidad de la institución es que se de un acto administrativo expreso de contestación, el cual permita al interesado actuar conforme al criterio de la autoridad tributaria, en la seguridad jurídica de que habrá estricta observancia de las interpretaciones legales que se hagan. La aplicación de la técnica del silencio administrativo, sea en su versión positiva o negativa, desnaturalizaría absolutamente la institución, pues quien consulta obviamente espera una respuesta que le ilustre y a la cual pueda atenerse, pero no una abstención de pronunciamiento. Por otra parte, un argumento en el sentido de que la técnica del silencio administrativo sería aplicable a las consultas, también terminaría desnaturalizando a dicha técnica, que está pensada como un mecanismo de garantía jurídica que evite que la mora de la Administración irroque perjuicios ciertos al administrado o contribuyente, sea por impedir que éstos puedan acudir a la jurisdicción, sea por obstaculizar el ejercicio de legítimos derechos o por mantener indefinidamente pendientes las resoluciones que afecten a éstos. Consideramos que la técnica del silencio administrativo es más acorde con los mecanismos de defensa (reclamaciones y recursos) o con las peticiones, pero no con el régimen y fines de la consulta que no tienen que ver con la impugnación de actos administrativos, o con las instancias que pretenden la realización o concesión de algo por parte de la autoridad.

prácticas. El acto nulo de pleno derecho puede ser revocado por la misma Administración, de oficio o a petición de parte y en cualquier tiempo, de conformidad con el artículo 167 del ERJAFE. Esto permite pensar, que la Administración no habrá perdido la oportunidad de revocar lo que llama “acto presunto” nulo, lo cual implica, además, que producido el silencio administrativo, podrá examinar si se ha incurrido en un vicio de nulidad absoluta. Por lo demás, procedería la acción de lesividad los casos de “actos presuntos” anulables. El problema consiste en la libertad que tendrá la Administración para decidir, de oficio, si el acto es nulo o anulable, lo cual puede generar inseguridad jurídica para el administrado.

¹⁸⁷ Esta disposición dice (o decía): «Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exija Resolución de la Administración, el silencio de la Autoridad no puede suplirla». No debería entenderse derogada esta norma por el mero hecho de ser anterior al régimen del silencio positivo. Si se la estudia detenidamente, puede observarse que es independiente de cualquier valor legal que se de a la abstención de pronunciamiento, porque su función es requerir decisión expresa para ciertos casos.

La explicación de que no cabe silencio administrativo en las consultas, requiere de un análisis que tenga en cuenta la clasificación de la figura en su versión positiva y negativa.

a) De admitirse que el silencio positivo opera en las consultas, lo que se consideraría aceptado sería el criterio del consultante, que debe ser expresado en el respectivo escrito. Pero aparte de que esta solución desdibuja los caracteres y finalidades de las instituciones, también nos parece contraria a la propia regulación del Código Tributario y de la Ley Orgánica de Aduanas. En efecto, el criterio del consultante no pasa de ser una opinión, y sólo la absolución expresa termina siendo productora de consecuencias jurídicas. La absolución puede confirmar el criterio del consultante o corregirlo, y esto es lo natural, pues la consulta no es un instrumento de defensa ni un medio idóneo para proponer una petición, sino un mecanismo que busca una toma de criterio por parte de la autoridad. No sería jurídicamente admisible que la Administración pierda la posibilidad de dictar una absolución, aun cuando sea fuera de plazo, pues dicho acto administrativo esta ligado a efectos de derecho que el ordenamiento determina, entre ellos, el de vincular a la autoridad. Además, es menester tener presente que, de conformidad con el artículo 138 del Código Tributario, la validez de la absolución está ligada a requisitos de exactitud, veracidad y juridicidad que no se pueden eludir por medio de la técnica del silencio administrativo. Por último, la regulación de la consulta en el Código y los efectos que se establecen, se mueven alrededor de la absolución expresa, pero nunca entorno a las posibilidades del silencio administrativo, de tal forma que ni el artículo 21 de la Ley 05 ni el artículo 104 del Código Tributario se refieren expresamente a las consultas.

Para terminar, consideramos que la inaplicabilidad del silencio positivo tendría también fundamentos de justicia. Piénsese en el caso de un consultante a quien se le dio una absolución expresa con un determinado contenido, y a otro que pregunta en sentido similar o respecto a un caso semejante, pero que consideró operado el silencio positivo, y cuyo criterio pugna con que dice la primera absolución. De aceptar que el acto administrativo presunto vincula a la Administración, se llegaría también a admitir tratamientos desiguales y marcadamente injustos, sin que la Administración pueda corregirlos. El criterio del consultante, aun cuando sea propuesto de buena fe, llegaría a prevalecer y a torcer los dictámenes de la autoridad.

b) En el anterior régimen jurídico del silencio negativo, el inciso segundo del antiguo artículo 102 del Código Tributario disponía que «Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exija Resolución de la Administración, el silencio de la Autoridad no puede suplirla». En virtud de esta norma, tampoco podría caber el silencio negativo en las consultas. Como se sabe, aquel constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, y en este caso, de aceptar que la técnica del silencio negativo se aplica a la consulta, se seguiría que el juez está llamado a absolverla en sustitución de la Administración, por haber esta incurrido en abstención de pronunciamiento. Sin embargo, esta postura llega a contradecir las competencias propias que el Código Tributario determina para el juez, y resulta en oposición, bien a la naturaleza de la jurisdicción contencioso-tributaria, bien a la del proceso contencioso-administrativo, a más de que no se encuadra en los demás asuntos que puede conocer el órgano jurisdiccional. En efecto, el artículo 217 del Código Tributario determina el concepto y límites de dicha Jurisdicción: «La Jurisdicción contencioso - tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las *controversias* que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros,

por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario» (la cursiva nos pertenece).

Nótese que se habla de controversias, pero la proposición de una consulta y la no absolución oportuna de la misma de ninguna manera dan lugar a dicha situación, pues lo que se pretende simplemente es una toma de criterio y no la resolución de un conflicto. Y esto aun más, si se tiene en cuenta que la consulta no es un medio de impugnación ni de defensa. Las únicas controversias posibles podrían derivarse, no de falta de pronunciamiento oportuno, sino sólo en relación al acto expreso de absolución, sea en caso de que la Administración no respete sus criterios –en el caso de absolución vinculante-; sea en los actos de determinación subsiguientes, practicados conforme a las opiniones vertidas en la absolución, cuando sean lícitas, correctas y apegadas a la verdad de los hechos.

B) El recurso de revisión. La cuestión de la aplicabilidad del silencio administrativo positivo al recurso de revisión, podría presentar diversas opiniones, pues existen elementos como para proponer tanto tesis favorables como desfavorables.

«Configurado con carácter extraordinario, en la medida en que sólo procede en los concretos supuestos previstos por la Ley y en base a motivos igualmente tasados por ella [...], constituye, en principio, más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados».¹⁸⁸

El recurso de revisión no está incluido dentro de la misma vía administrativa y se lo interpone ante las máximas autoridades tributarias (Director del Servicio de Rentas Internas), sin que pueda existir delegación, y procede contra actos o resoluciones, en principio, inimpugnables, ejecutivos y llamados indefectiblemente a cumplirse. Las causales de revisión están determinadas en el artículo 143 del Código Tributario, y no procede en las circunstancias tasadas en el artículo 145.

Anteriormente, el trámite del recurso tenía prevista una duración de 128 días, sin contar con el tiempo que hubiese requerido el informe previo del Departamento Jurídico o de un abogado designado para el efecto, el mismo que no tiene fijado un plazo determinado para su expedición, pero que necesariamente tiene que dictarse para calificar el recurso y proseguir con su tramitación, en atención a que el legislador previó dicho informe para asegurar corrección y procedencia absolutas.¹⁸⁹ Aquella situación, determinaba, de entrada, la inaplicabilidad del silencio administrativo al recurso de revisión en materia tributaria. Actualmente, el sumario dura máximo 20 días y la resolución tiene que dictarse en 90 días, pero tampoco se ha previsto un tiempo para la presentación del informe previo. Sin

¹⁸⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 3ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1991, Pg. 517-518.

¹⁸⁹ La exposición de motivos del Código Tributario advierte que la interposición del recurso de revisión: «[...] se realiza únicamente en cierto tiempo y ante la Máxima Autoridad de la Administración Tributaria correspondiente, y previo un dictamen jurídico que lo califique y un sumario que lo amerite, de modo que se garantice su *corrección y procedencia absolutas*» (énfasis agregado).

embargo, es natural que el procedimiento no pueda durar más de 120 días, porque los tiempos máximos indicados permiten que dentro de dicho tiempo se pueda emitir el dictamen.

Recordemos, sin embargo, que para hablar de silencio administrativo positivo la Administración debe estar posibilitada de pronunciarse, y que la figura no tiene la virtualidad de suplir el cumplimiento de los actos necesario de procedimiento o de los requisitos que son necesarios para dictar una resolución expresa. Como se ha dicho, si la Administración no cuenta con los suficientes elementos para poder manifestarse, mal puede acusársele de callar, de incurrir en silencio. En virtud de ello, en caso de que no haya el informe que califique el recurso y la autoridad no se pronuncie en tiempo, no debería operar el silencio administrativo positivo, y el contribuyente, a quien supuestamente se pretende beneficiar con esa figura, no tendrá más opción que esperar a que se cumpla con aquél requisito. Pero en el caso de que el dictamen se presente luego de considerable tiempo, hay igual una importante quiebra, pues se estaría reduciendo el plazo que tiene la autoridad para resolver.¹⁹⁰

Un segundo aspecto a tenerse en cuenta, se refiere al régimen de la prueba y de la procedencia del recurso de revisión, tanto en materia tributaria, como en los casos en que se aplica el ERJAFE. Las causales por las cuales éste procede, aluden a documentos claves que las respaldan (por ejemplo, sentencias ejecutoriadas), los cuales necesariamente deben constar en el expediente para que la autoridad pueda formarse juicio sobre la admisibilidad del recurso. De no haber estos instrumentos, la Administración no podrá resolver, y tampoco el silencio positivo operaría, de lo contrario, se estaría admitiendo que un acto administrativo presunto logre, nada menos, que la revocatoria arbitraria e injustificada de actos firmes o ejecutoriados, en perjuicio, no sólo de la Administración, sino incluso de terceros beneficiarios de dichos actos. Tampoco es lógico admitir los efectos del silencio positivo cuando la Administración no se expresa, pero se está en los casos de improcedencia del artículo 145 del Código Tributario.

A nuestro juicio, en consideración a la especial tramitación que debe seguirse para resolver el recurso de revisión, y por las causales especialísimas que lo motivan, es más sensato propugnar la inaplicabilidad del silencio positivo para este medio de impugnación de actos firmes o ejecutoriados, especialmente, porque estaría en juego el valor superior de la seguridad jurídica que dichos actos proporcionan. En lo que se refiere a la materia tributaria, el tiempo de tramitación no puede ser determinado por la inexistencia de un tiempo fijo en el que se deba presentar el informe previo del Departamento Jurídico o del abogado designado para el efecto, ya que es requisito esencial del procedimiento. Además, el pensamiento del legislador, al instituir todos los pasos de procedimiento, tal como se lee de la exposición de motivos del Código Tributario, era de contar con suficientes criterios como para asegurar la corrección y procedencia absolutas del recurso de revisión, en consideración a los actos que

¹⁹⁰ Consideramos que el artículo 132 numeral 1 del Código Tributario, que se remite al artículo 127 *ibidem*, no es aplicable al recurso extraordinario de revisión. En atención al espíritu del legislador, expresado en la exposición de motivos del Código Tributario, contar con el informe jurídico previo en el trámite del recurso de revisión es un paso de procedimiento *necesario, ineludible e imprescindible*, pues se procura la corrección y procedencia absolutas de un recurso que se califica como *extraordinario*, y que ataca actos firmes o ejecutoriados. Esta interpretación se impone, a menos que, a guisa de la tutela que se pretende otorgar con el efecto positivo del silencio administrativo, se llegue a la desnaturalización de las instituciones jurídicas y a la transgresión manifiesta de sus finalidades.

se impugnan. Juega, de todos modos, la seguridad jurídica, que se vería seriamente lesionada si se admitiese de modo inconsulto la revocación de actos que tienen el valor de la cosa decidida.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1) El Derecho Tributario y el Derecho Administrativo son ramas especializadas, pues se ocupan de objetos y realidades singulares y particulares. La primera, del tributo; la segunda, de la Administración Pública y de su actividad. La necesidad de una organización competente, con facultades de poder público, que se expresan a través de procedimientos y actos administrativos de gestión tributaria, reflejan un principio de vinculación, pero no de absorción. El tributo se rige por sus propios principios, instituciones y normas, pero requiere de una actividad administrativa (que por definición es inmediata y práctica), que lo haga efectivo. Esto, sin embargo, no está en condición de alterar la singularidad del fenómeno tributario, pues tiene naturaleza propia, a tal punto que exigen una organización competente y se proyectan sobre la actividad administrativa correspondiente para delinear sus contornos.

2) La vinculación apuntada, hace posible estudiar a los actos administrativos tributarios desde un concepto común y desde la perspectiva general de un régimen jurídico general. Sin embargo, la misma realidad singular del tributo incide en la consideración de particularidades en dichos actos administrativos, en función de los principios, instituciones y normas propias del tributo.

3) La Administración Tributaria, tiene facultades comunes, en su concepto y régimen, a toda Administración Pública, como es el caso de la facultad reglamentaria, resolutive y sancionadora, sólo que delineadas en torno a lo tributario. Lo específico en esta materia, está dado por la facultad determinadora y recaudadora de tributos. Sin embargo, el estudio sistemático y completo de la Administración Tributaria no puede prescindir del examen de todas sus facultades, pues de lo contrario se llegaría a una segmentación que la desfiguraría y que haría incompleta la apreciación de su actividad.

4) A estas conclusiones particulares, podemos agregar una de carácter general. El régimen jurídico del acto administrativo y su misma conceptualización, reflejan un replanteamiento de la noción del interés general al cual debe servir la Administración. El Derecho Público evoluciona hacia figuras participativas y concertadas que conjugan, simultáneamente, el principio fundamental de juridicidad con la idea de eficacia y eficiencia, todo sobre el cimiento de la visión humanista del bien común, definida por los derechos fundamentales. Es el bien de la persona el principio fundamental que justifica la actuación de la autoridad, y no aquella alusión a la nebulosa imagen de la “razón de Estado” que mira a este ente como un fin, con una capacidad de justificar cualquier medio que llegue, incluso, al sacrificio del ciudadano.

Sin embargo, en el sistema ecuatoriano tal reformulación del papel del Estado, como servidor de la colectividad y de la persona, aun estando previsto en los postulados constitucionales, tropieza, bien con agudas deficiencias en el ordenamiento jurídico, bien con soluciones parciales y poco idóneas, o en fin, con la consagración de normativas autoritarias que muestran su retraso frente a las tendencias doctrinales contemporáneas. El ejemplo de esto último está en la eliminación de las fórmulas participativas que existían en la legislación tributaria.

Las normas constitucionales deben actualizarse en leyes coherentes, que permitan traducir a lo concreto lo que exige la Norma Suprema. Para ello es menester una legislación común

sobre el procedimiento administrativo, que supere la innumerable cantidad de normas, dispersas y asistemáticas. Esta legislación, por otra parte, debe estar aparejada de un replanteamiento del contencioso – administrativo y el diseño de métodos alternativos de resolución de conflictos. Todo ello, y esto es lo más importante, con visión *nacional*, sin acudir a la ingenua confianza en las soluciones normativas extranjeras que se explican en su propio contexto social.

Como ya dijimos en su momento, la Constitución ha impuesto un reto a la Administración y al Legislador que todavía no se deciden a emprender.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del Derecho Administrativo*. 13ª edición, México, Editorial Porrúa, 1997.
- Adame Martínez, Francisco. *La consulta tributaria*, Granada, Editorial Dodeca, 2002.
- Aguado i Cudolà, Vincenç. *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- Arrijo Vizcaíno, Adolfo. *Derecho Fiscal*, 13ª edición, México, Editorial Themis, 1998.
- Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- Bezzi, Osvaldo Héctor. “La teoría del acto administrativo: consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución”. *Temas de Derecho Administrativo*. La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. 2ª edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- Castellà Andreu, Josep Ma., *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública*, Barcelona, Editorial Cedecs, 2001
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo, II*. 7ª edición, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 2002.
- _____. *El contrato administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- _____. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002.
- Creo Bay, Horacio. *Amparo por mora de la Administración Pública*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.
- Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado*. 2ª edición, traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. México, Editorial JUS, 1955.
- _____. *Teoría general del Derecho*, trad. de Francisco Javier Osset. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- De Palma del Teso, Ángeles, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

- _____. “Las técnicas convencionales en los procedimientos administrativos”. *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*. Madrid, Marcial Pons, 2003.
- De la Garza, Sergio Francisco. *Derecho Financiero Mexicano*. 24ª edición, México. Editorial Porrúa, 2002.
- Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*, II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 9ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
- _____. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.
- Fernández, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid, Civitas, 1994.
- Fernández de Velasco, Recaredo. *El acto administrativo*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1929.
- Ferrer Arellano, Joaquín. *Filosofía de las relaciones jurídicas*. Madrid, Rialp, 1963.
- García Belsunce, Horacio. “La autonomía del derecho tributario”. *Impuestos: doctrinas fundamentales 1942-2002*. Buenos Aires, La Ley, 2002.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, I. 5ª edición Madrid, Civitas, 1989.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo II*, 3ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo, I*. 11ª edición, Madrid, Civitas, 2002.
- García-Trevijano Fos, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición, Madrid, Civitas, 1991.
- García-Trevijano Garnica. Ernesto. *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1990.
- Garrido Falla, Fernando. “La materia contencioso – administrativa: actos impugnables y pretensiones de las partes”. *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1988.
- _____. “La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 082, abril-junio, 1994, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.
- González Pérez, Jesus. , *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 2ª edición, Madrid, Civitas, 1989.

_____. *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985.

_____. *Manual de procedimiento administrativo*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2002.

Gianini, Massimo Severo. *El poder público*. Madrid, Civitas, 1991.

Giuliani Fonrouge, Carlos. *Curso de Derecho Financiero, I*. 7ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2001.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: Parte general*. 1ª edición colombiana. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1998.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*. 1ª edición colombiana. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1999.

Hervada, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural*. 4ª edición, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1998.

Hidalgo López, Luis, “Autoridades públicas, delincuentes y cuasidelincuentes”, Lexis S.A., carta del mes de abril de 2004.

Jarach, Dino. *El hecho imponible*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

_____. *Finanzas públicas y Derecho Tributario*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Linares, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea, 1986.

Mancero, Alfredo, “Estado activo vs. Estado eficiente: la privatización de las empresas públicas”, Revista Ruptura, No. 33, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1989.

Mairal, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública, II*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

Martín Mateo, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 21ª edición, Madrid, Editorial Trivium, 2002.

Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo*. Barcelona, Editorial Ariel, 2003.

Penagos, Gustavo. *Fundamentos del acto y del Derecho Administrativo según los sistemas políticos*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.

_____. *El acto administrativo I*, 5ª edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992.

- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Rivero, Jean. *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá, Temis – Universidad del Rosario, 2002.
- Rosembuj, Tulio. “Apuntes sobre la discrecionalidad en materia tributaria”. *Impuestos: doctrinas fundamentales 1942-2002*. Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional, II*. 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Derecho Administrativo, normas básicas*. Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- Sarmiento García, Jorge. “Los actos de gravamen en el Derecho Público”, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- Sarría, Eustorgio. “La participación del administrado en la formación del acto administrativo”. *La protección jurídica de los administrados*. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.
- Soriano García, José Eugenio. *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1994.
- Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes, Institut Français D’Athènes, 1954.
- Tinajero Villamar, Francisco. “La potestad reglamentaria”. *La reforma de la Constitución*. Quito, Ildis-Jurispuce, 1988.
- _____. “El Contencioso-Administrativo en el Ecuador”, conferencia dictada el 20 de noviembre de 1986 en el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Los cien años de la Constitución”. *Revista Ruptura*, No. 35, Año. XLI, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1990.
- Torregrosa Carné, María Dolors. “Técnicas procedimentales alternativas en los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Torres, Luis Fernando. “Democracia y Estado de Derecho”, *Revista Ruptura*, No. 35, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1995.
- Troya Jaramillo, José Vicente. “La consulta tributaria en el Ecuador”, *Compendio de Consultas Tributarias*, Dirección General de Rentas, 1990

- Trujillo, Julio César. “Crisis política y reforma del Estado”, *Estudios en homenaje a la fundación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 1996.
- Valdés Costa, Ramón. *Instituciones de Derecho Tributario*. Buenos Aires, Depalma, 1996.
- Villaverde Gómez, María Begoña, *Las consultas a la Administración Tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Villegas, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- Zanobini, Guido. *Curso de Derecho Administrativo, I*, traducción de la 5ª edición italiana por Héctor Masnatta. Buenos Aires, Editorial Arayú, 1954.
- Zarini, Helio Juan. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.
- Zavala Egas, Jorge. *Introducción al Derecho Administrativo*. Guayaquil, Edino, 2003.