

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

Inconstitucionalidad de la Ordenanza 321 que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito en la aplicación de limitaciones de acceso a la justicia administrativa en las infracciones administrativas flagrantes.

Cristina Melissa Arteaga Coello

Javier Bustos, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Magíster en Derecho Administrativo

Quito, mayo 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Posgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS:

Inconstitucionalidad de la Ordenanza 321 que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito en la aplicación de limitaciones de acceso a la justicia administrativa en las infracciones administrativas flagrantes.

Cristina Melissa Arteaga Coello

Javier Bustos, Dr.
Director de Tesis

.....

Gladis Proaño, Dra.
Miembro del Comité de Tesis

.....

Pablo Sánchez, Abg.
Miembro del Comité de Tesis

.....

Javier Robalino, Dr.
Director de la Maestría en Derecho Administrativo

.....

Luis Parraguez, Dr.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Víctor Viteri, Ph. D.
Decano del Colegio de Posgrados

.....

Quito, mayo del 2015

©Derechos de Autor

Cristina Arteaga Coello

2015

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

Firma:

.....

Nombre: Cristina Melissa Arteaga Coello

C.I: 1309093290

Fecha: Quito, mayo del 2015

A mis padres, mi mayor ejemplo de lucha:

Mami: Gracias por ser mi ángel. Este amor eterno es el que nos mantiene juntas en cada paso y en cada sueño. ¡Te amo eternamente!

Papi: gracias por permitirme ser una guerrera a tu lado, porque cada segundo me demuestras que no hay nada imposible de lograr mientras tengamos fe.

A mis hermanos: Helen, Colombo y Tita mi mayor inspiración. Por y para ustedes siempre lo mejor de mí.

A mi ángel en la tierra: Mi princesa Ivanna, gracias por cada sonrisa pero sobre todo, ¡Gracias por ser la luz de nuestros días!

Gracias familia por enseñarme que no hay batalla que no podamos ganar mientras estemos juntos.

Mi gratitud a ustedes mis compañeros y amigos de la Maestría, por estar conmigo en los momentos más duros, pero sobre todo por ayudarme con cada abrazo y palabra de aliento a cumplir esta meta, cuando las ganas y fuerzas estaban perdidas. ¡Mil gracias siempre!

A mis profesores de la Maestría por el tiempo y la dedicación entregada. A mi Director de Tesis: Javier Bustos, gracias el apoyo incondicional de siempre. ¡Gracias por ayudarme a consolidar este sueño!

RESUMEN

Los procedimientos administrativos sancionadores, son parte del Derecho Administrativo, por ende su desarrollo debe basarse en el cumplimiento de una aplicación directa de derechos, principios y garantías constitucionales. La no aplicación de estos derechos, principios y garantías constitucionales en el desarrollo de los procedimientos administrativos, conllevan a la administración a realizar actuaciones inconstitucionales.

El Distrito Metropolitano de Quito, a través de la Ordenanza Metropolitana No. 321, regula el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento administrativo a seguir. Sin embargo, este procedimiento administrativo presenta una diferenciación en los casos de infracciones administrativas flagrantes: La normativa establece que previo a la contestación del auto de inicio de proceso, el posible infractor deberá depositar un valor en garantía equivalente a la sanción pecuniaria resultado del procedimiento administrativo sancionador, como requisito previo para que el funcionario instructor le dé trámite a su contestación; indicando que la falta de depósito en garantía por parte del presunto infractor se considerará como allanamiento a los hechos imputados.

Por lo que el presente trabajo de investigación tiene como finalidad establecer que esta diferenciación que se plantea en los procedimientos administrativos para los casos de infracciones administrativas flagrantes, es inconstitucional al establecer límites de acceso a la justicia administrativa. De igual forma, se sustentará que este depósito en garantía, no cumple su función como tal y en la práctica se esconde en figuras como el pago previo.

ABSTRACT

Disciplinary or Sanctioning Administrative Proceedings are part of Administrative Law; therefore their development should be subject to compliance with a direct application of rights, principles and constitutional guarantees. The lack of application of these rights, principles and constitutional guarantees in different stages of administrative proceedings, leads the Administration to carry out unconstitutional actions.

The Metropolitan District of Quito, through the Metropolitan Ordinance No. 321, regulates the exercise of disciplinary powers to impose penalties as well as the administrative proceedings that must be followed. However, this administrative proceedings introduces a differentiation in cases of flagrant administrative offenses: the law provides that prior to the response of the bill of indictment, the possible offender shall deposit a security amount equivalent to the potential penalty or pecuniary sanction resulting of the disciplinary administrative proceedings, as a prerequisite for the investigating officer to process the response and continue with the legal procedure. The lack of escrow or deposit by the alleged offender is considered as acquiescence to the facts alleged.

Under these circumstances, this research paper aims to establish that this differentiation that arises in administrative proceedings for cases of flagrant administrative offenses is unconstitutional, since it sets limits of access to administrative justice. Similarly, it will be stated and supported that this security deposit, does not fulfill its function as such and in practice it constitutes a concealed figure of advanced payment.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

1.- Los Procedimientos Administrativos	14
1.1.- Naturaleza y Fundamento Jurídico.....	14
1.2.- Concepto del Procedimiento Administrativo.....	17
1.3.- Los Procedimientos Administrativos en nuestra Constitución	20
1.4.- Los Procedimientos Administrativos en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización	23
1.5.- Principios del Procedimiento Administrativo.....	25
2.- Derechos Constitucionales del Administrado	31
2.1.- Debido Proceso	31
2.2.- Derecho a la Defensa.....	35
2.3.- Tutela Administrativa Efectiva	40
2.4.- Seguridad Jurídica	43
3.- Flagrancia	47
3.1.- Historia y Concepto	47
3.2.- Principio de Inocencia	53
3.3.- Del Allanamiento	56
3.4.- Análisis de la Ordenanza 321	58
3.5.- Análisis de Casos Prácticos de las Comisarias Metropolitanas	65
4.- El Afianzamiento y el Solve et Repete	76
4.1. De la Garantía.....	76
4.2.- Naturaleza de la Obligación de Afianzamiento	78
4.3.- Obligación de Afianzamiento y Solve et Repete	88
4.4.- El Solve et Repete en el Ecuador	94
5.- Conclusiones	99
6.- Recomendaciones	102
7.- Bibliografía	105

INTRODUCCIÓN

“En toda relación de Derecho Administrativo va ínsita la aplicación de una norma o principio constitucional”¹ y es que sin duda, el Derecho Administrativo se desarrolla bajo los parámetros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, donde encuentra el soporte para cada una de sus actuaciones. Los procedimientos administrativos, al ser parte del Derecho Administrativo, deberán desarrollarse respetando los derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución; sustentando así, que las actuaciones administrativas que violenten la aplicación de principios, garantías y derechos enmarcados en la Carta Magna son inconstitucionales.

Al establecerse que los procedimientos administrativos deben regirse bajo estos parámetros constitucionales, es importante recalcar lo que sucede con los procedimientos administrativos sancionadores aplicables en el Distrito Metropolitano de Quito y que se encuentran amparados en la Ordenanza Metropolitana No. 321. La referente normativa municipal establece un procedimiento común a seguir en el desarrollo de los procedimientos administrativos que regulan la potestad sancionadora, pero de igual forma, crea una excepción cuando se hace mención a las infracciones

¹ EDGAR NEIRA. “Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Sancionador”, Revista Ruptura. p. 82.

administrativas flagrantes, señalando que en estos casos, el posible infractor deberá depositar un valor en garantía correspondiente a la sanción pecuniaria resultado del procedimiento administrativo sancionador como requisito previo para que el funcionario instructor le dé trámite a su contestación; indicando que esta falta de depósito en garantía por parte del presunto infractor se considerará como allanamiento a los hechos imputados.

Situación que a primera vista permitiría determinar que este depósito en garantía, al igual que en el tema tributario, constituye una obligación de afianzamiento, pero que en un análisis más profundo en cuanto a cómo se desarrolla en la práctica este depósito en garantía, nos lleva a reflexionar incluso sobre la posibilidad de un pago previo. Aunque es claro estas dos figuras no son lo mismo, podría surgir una duda en la aplicación que se realiza en los procedimientos establecidos en la Ordenanza Metropolitana No. 321.

A esta observación realizada en cuanto a la diferenciación que se da en el procedimiento administrativo para los casos de infracciones administrativas flagrantes, es necesaria hacerle una interrogante y es, ¿Qué sucede en los casos en que las ordenanzas metropolitanas establezcan como posible contravención montos que van desde un mínimo hasta un máximo de sanción pecuniaria?; considerando que tal y como establece la Ordenanza Metropolitana No. 321 el depósito en garantía debe corresponder al resultado de la sanción pecuniaria del procedimiento sancionador. Observación que nos lleva a otras incógnitas, ¿Qué valor se debe considerar como depósito en garantía si existe un mínimo o máximo de multa como posible contravención?; ¿Cuáles son los parámetros en los que deberá basarse el funcionario instructor para establecer que el depósito en garantía será del mínimo o el máximo de la posible contravención?

Por lo que, el presente trabajo de investigación tiene como finalidad establecer que esta diferenciación que se plantea en los procedimientos administrativos para los casos de infracciones administrativas flagrantes en la Ordenanza Metropolitana No. 321, es inconstitucional, al establecer límites de acceso a la justicia administrativa cuando se exige que el posible infractor deba realizar un depósito en garantía equivalente a la sanción pecuniaria del resultado del procedimiento sancionador, como requisito previo para que el funcionario instructor de trámite a su contestación. Depósito en garantía que no siempre es claro, ya que en varios casos dependiendo de la ordenanza municipal que

se aplique podrían consistir en multas que van desde un mínimo hasta un máximo de sanción pecuniaria y por ende de depósito en garantía.

La hipótesis a comprobar es que este depósito en garantía, no cumple su función como tal y en la práctica se esconde en figuras como el pago previo; permitiendo sustentar que este depósito previo exigido y que es equivalente al resultado de la sanción pecuniaria del procedimiento sancionador, es una limitación al acceso de justicia administrativa para el administrado, ya que de no realizarse dicho depósito en garantía el funcionario instructor no dará paso al escrito de defensa presentado por el administrado en contestación al auto de inicio de proceso y se considerará que el posible infractor se ha allanado a los hechos imputados.

En el primer capítulo titulado los Procedimientos Administrativos, se realizará un sustento de la naturaleza y conceptualización de los mismos, pero principalmente se recalcará la relación directa de los procedimientos administrativos con la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización estableciendo los principios bajo los cuales este se desarrolla.

Los procedimientos administrativos son el canal por el cual se desarrollan las relaciones entre la administración y el administrado, y en donde se establecen ciertas reglas y principios que permiten obtener una decisión final de la administración. Son entonces, una cadena ordenada de actos que busca una acción positiva e inmediata que beneficie al interés público y no al de un particular en el actuar de la función administrativa, pero sobre todo estos procedimientos administrativos deberán desarrollarse respetando los derechos y garantías establecidas en nuestra Constitución.

Es así ,que la Constitución se convierte en el rector de las actuaciones de la administración y es por ende el regulador y sustento en los procedimientos administrativos. Al respetarse los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución en el desarrollo de los procedimientos administrativos estos se convierten en una garantía para el administrado.

En el capítulo segundo, se analizará los derechos constitucionales que amparan al administrado frente a la administración en el desarrollo de los procedimientos administrativos; estableciendo que principios como el debido proceso, el derecho a la

defensa, la tutela administrativa efectiva y la seguridad jurídica son principios de aplicación directa por parte de la administración y su no aplicación conlleva a la inconstitucionalidad de cualquier actuación. Sosteniendo de igual forma, que nuestra Constitución es la columna vertebral sobre el cual deberá desarrollarse cada uno de los procedimientos administrativos.

En el siguiente capítulo, se tratará a la flagrancia y al principio de inocencia dentro de un análisis de lo que sucede con la Ordenanza Metropolitana No. 321 y su diferenciación para el procedimiento en las infracciones administrativas flagrantes. En este capítulo se argumentará que en el desarrollo de los procedimientos administrativos se deberá respetar la presunción de inocencia que goza el administrado, incluso en los casos de infracciones administrativas flagrantes, bajo el sustento de lo señalado por el autor AGUSTÍN GORDILLO quién establece que el “principio de defensa del presunto contraventor se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca”

De igual forma, se analizará varios casos prácticos de las Comisarias Metropolitanas en donde se podrá evidenciar la equivocada aplicación de la Ordenanza Metropolitana No. 321 por parte de los funcionarios instructores y decisores, quienes en muchos casos no cumplen con los parámetros establecidos en la ordenanza en cuanto al procedimiento a cumplir. Así mismo, esta revisión de casos permitirá evidenciar varios aspectos como el de donde nace la obligación de poder establecer medidas provisionales para casos de infracciones administrativas flagrantes; puntualización que es clara en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en donde se menciona que en casos de infracciones administrativas flagrantes podrán aplicarse medidas de naturaleza real, siempre y cuando estas no violenten derechos fundamentales.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo se analizará a la garantía como tal, a la naturaleza de la obligación de afianzamiento, a la obligación de afianzamiento y su diferenciación del solve et repete y el solve et repete en nuestro país, aspectos que nos permitirán poder demostrar que este depósito en garantía que se exige de manera previa no cumple dicha función, se esconde en figuras como el pago previo y por ende violenta derechos fundamentales.

CAPÍTULO 1

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1.1.- Naturaleza y Fundamento Jurídico.-

Al definir al procedimiento administrativo, el autor AGUSTÍN GORDILLO, señala que este es “la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación de impugnación de la voluntad administrativa².” Al establecer que los procedimientos administrativos son parte del Derecho Administrativo, sin duda estamos hablando de una relación entre el particular y la administración; relación que se desarrolla a través de un canal llamado procedimiento

² AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Primera Edición. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p.XII-5.

administrativo en donde se establecen ciertas reglas y principios que permiten obtener una decisión final de la administración.

Esta relación que se da entre la administración y el administrado a través de un procedimiento administrativo, se diferencia de los procesos, por ser estos segundos una secuencia de actos que tienen como fin decidir una controversia entre particulares (litigio); por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez) con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada)³.

Vemos entonces, que a diferencia de un procedimiento administrativo, los procesos se desarrollan a través de una relación entre particulares donde existe un tercero que interviene como juzgador imparcial e independiente y que no tiene relación alguna con la administración. Diferencias que se dan también en temas como la informalidad y celeridad, que son características propias de los procedimientos administrativos, sumándole a esto la finalidad que se persigue, que en aunque en ambos casos es la de garantizar el derecho de los administrados, en los procedimientos administrativos prima la búsqueda del bien común.

El autor ENRIQUE ROJAS, señala en cuanto a los procedimientos administrativos, que estos tienen una naturaleza constitutiva, es decir, tienen como finalidad especial la emisión de un acto administrativo que pueda satisfacer la necesidad del administrado o solicitante, ya sea de manera positiva o negativa; pero también existen procedimientos administrativos que gozan de una naturaleza impugnativa, que le permite al administrado poder impugnar esa decisión que nace como resultado de la naturaleza constitutiva.⁴ Por lo que, es importante recalcar que tanto los procedimientos administrativos de naturaleza constitutiva como los de naturaleza impugnativa se van desarrollando a través de una secuencia de actos que nos llevan a uno final, llamado acto administrativo, en donde se refleja la decisión de la administración sobre el administrado y que puede ser impugnada por el administrado de no sentirse satisfecho con la misma.

Estos procedimientos administrativos tal y como señala el mismo autor, buscan dos objetivos: el primero es resolver la contraposición entre la autoridad y libertad buscando

³ *Id.*, p.IX-2

⁴ *Cfr.* ENRIQUE ROJAS FRANCO. "El Debido Procedimiento Administrativo" Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho. (2011), p.182.

así se equilibre la necesidad de un procedimiento rápido, ágil y flexible y como segundo objetivo buscan garantizar la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que se asienta todo el régimen institucional⁵.

Podemos entender entonces, que esta relación que se genera entre la administración y el administrado, deberá desarrollarse en un marco de respeto a reglas y principios que permitan respuestas rápidas, ágiles y flexibles al administrado. Es claro entonces, que la relación que se da entre la administración y administrado, se realiza a través de procedimientos administrativos que para llegar a su decisión final deberán desarrollarse bajo ciertas reglas y principios exclusivos en este tipo de relación.

Es importante tomar en cuenta que los procedimientos administrativos también se desarrollan bajo una actuación de la administración que se da en relación a su poder punitivo, y es en este segmento en el que autores como EDUARDO CORDERO señalan que “la actuación de la administración se desarrolla también en el marco de las sanciones administrativas o del Derecho Administrativo Sancionador, enmarcado dentro de la actividad de policía⁶.” Es decir, que la administración desarrolla una potestad de control y sanción, potestad que se desarrolla también bajo el cumplimiento de reglas y parámetros que enmarcan la relación entre la administración y administrado, al igual que cuando hablamos de procedimientos de naturaleza constitutiva o impugnativa.

Como resultado de esta potestad de control, la administración emite una sanción administrativa en donde se refleja la existencia o no de la comisión de una infracción. Es por esto, que el mismo autor establece que en la determinación del hecho constitutivo de la infracción y en la aplicación de la sanción, le corresponde intervenir a un órgano que forma parte de la administración del Estado, previamente facultado por el ordenamiento jurídico a través de la atribución de una potestad expresa.⁷

Es importante recalcar que tal y como hemos mencionado la administración emite una serie de actos que afectan de manera directa a los particulares, estos pueden ser constitutivos o impugnativos pero también punitivos. Esta sanción administrativa de la que

⁵ *Ibíd.*

⁶ EDUARDO CORDERO QUINZACARA. “Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia Chilena”. Revista de Derecho, Universidad Católica del Ecuador. (2013), p.82.

⁷ *Ibíd.*

hablamos se dará siempre como consecuencia del cometimiento de una infracción administrativa por parte del administrado y como resultado del desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador, por parte de quién mediante ley tenga la competencia para hacerlo, en cumplimiento al principio de legalidad establecido en nuestra Constitución.

La jurisprudencia constitucional chilena, ha señalado en cuanto a este tema, que la sanción administrativa es todo acto con efectos desfavorables que emanan de los órganos de la administración del Estado, por esto cuando la administración ejerce sus potestades públicas, estaría ejerciendo jurisdicción y debe responder a las garantías de un racional y justo procedimiento.⁸ Es entonces claro, que cuando la administración ejerce una potestad sancionadora deberá respetar los derechos del administrado, sin que implique que en la potestad punitiva no se aplique y respete los derechos y garantías que estos gozan, porque como mencionamos anteriormente en los procedimientos administrativos deberá respetarse también los principios, reglas y garantías constitucionales que determinen un justo procedimiento dentro del ámbito de la justicia administrativa.

Es por esto que el autor EDUARDO CORDERO establece que los principios contenidos en las disposiciones constitucionales rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional⁹ y es que sin duda, el derecho administrativo se desarrolla bajo parámetros constitucionales que son su pilar y base. Lo que se sustenta en nuestra Constitución al establecerse de manera clara en su artículo 76 numeral primero que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

1.2.- Concepto del Procedimiento Administrativo.-

Históricamente se han ideado distintas formas para la resolución de controversias entre la administración pública y los administrados; por ejemplo en la época del absolutismo la

⁸ EDUARDO CORDERO QUINZACARA. "Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia Chilena". *Óp. cit.*, p.86.

⁹ *Ibíd.*

justicia administrativa se concentró en órganos estrictamente administrativos, no jurisdiccionales; en las Revoluciones Liberales se da la participación de tribunales administrativos en las solución de controversias entre administración y los administrados; en la Revolución Francesa surge la justicia administrativa y se pretendía instituir una forma de gobierno que pusiera a la ley por encima del hombre. Finalmente, en Francia se consagra la primera constitución revolucionaria en 1791 en donde surge el principio de legalidad como piedra angular del Derecho Público en general, y en especial del Derecho Administrativo.¹⁰

El autor BARTOLOMÉ FIORINI establece al mencionar a la justicia administrativa que esta comprende “el estudio de las garantías de la administración para ser eficaz, justa y también las garantías que debe tener el administrado para asegurar la legalidad y moralidad administrativas y el respeto y derechos de sus intereses”¹¹ Tal y como se desarrolla actualmente, podemos determinar que la justicia administrativa, no implica un determinado sistema de justicia, como podría interpretarse al contencioso administrativo, sino más bien implica todas las garantías que deberán existir en el desarrollo de las relaciones entre la administración y el administrado. Ante lo cual, el mismo autor señala que la justicia administrativa concede relevancia al procedimiento administrativo, el que sistematiza principios, normas, órganos e instituciones que rigen el proceso funcional de la administración pública.¹²

Al hablar de procedimientos como tal el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA establece de manera general que “el procedimiento es la acción de proceder o el método de ejecutar algunas cosas.”¹³ Es entonces, esa guía o forma de poder llegar de manera ordenada a un resultado final. Igualmente, El DICCIONARIO JURÍDICO, señala que los “procedimientos son normas procesales para las tramitaciones ante los órganos del

¹⁰Cfr. ENRIQUE ROJAS FRANCO. “El Debido Procedimiento Administrativo”. *Óp. cit.*, p.178.

¹¹ BARTOLOMÉ FIORINI. *Derecho Administrativo*. Segunda Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 399.

¹² *Id.*, p.401.

¹³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Procedimiento*. <http://lema.rae.es/drae/?val=procedimiento>. (acceso:07/07/2014).

poder administrador, el que puede ser considerado como garantía jurídica y como instrumento de eficacia”.¹⁴

En cuanto al procedimiento administrativo, tal y como establece la autora argentina MIRIAM IVANEGA “es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado.”¹⁵ De este primer concepto se establece que un procedimiento es una cadena ordenada de actos que busca una acción positiva e inmediata que beneficie al interés público y no al de un particular en el actuar de la función administrativa, lo que se sustenta cuando autores como JULIO COMADIRA señalan que, “el procedimiento administrativo tiene como fin la preparación de emisión de actos que satisfacen directa e inmediatamente el bien común.”¹⁶

AGUSTÍN GORDILLO, establece que “el procedimiento administrativo es la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación de impugnación de la voluntad administrativa¹⁷.” Conceptos que de manera conjunta nos llevan al análisis realizado anteriormente y es que la relación que se da entre la administración y administrado se desarrolla en un canal llamado procedimiento administrativo, que para ser legal y constitucional deberá desarrollarse bajo ciertas reglas y parámetros pero sobre todo enmarcado en el respeto a los principios y derechos constitucionales.

¹⁴ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. *Procedimiento Administrativo*. <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas> (acceso: 23-08-2014).

¹⁵MIRIAM IVANEGA. *Cuestiones de Potestad Disciplinaria y Derecho de Defensa*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2010, p.59.

¹⁶Cfr. JULIO COMADIRA. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2003, p.125.

¹⁷ AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado*. *Óp. cit.*, p.IX-16.

1.3.- Los Procedimientos Administrativos en nuestra Constitución

“En toda relación de derecho administrativo va ínsita la aplicación de una norma o principio constitucional”¹⁸, es lo que establece el autor EDGAR NEIRA, al referirse a las normas de la Constitución y el Procedimiento Administrativo Sancionador, y es que sin duda, el derecho administrativo se desarrolla bajo los parámetros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador en donde encuentra el soporte para cada una de sus actuaciones. Los procedimientos administrativos deberán desarrollarse respetando los derechos y garantías establecidas en nuestra Constitución, por lo que el autor AGUSTÍN GORDILLO señala que “los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional buscando garantizar la participación y defensa del administrado.”¹⁹

Nuestra Constitución, inicia su artículo primero indicando que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que nos lleva a interpretar de manera inmediata que la legalidad de las actuaciones se basará en el sustento al respeto de normas constitucionales que garantice los derechos de los individuos. La Constitución, entonces se convierte en el rector de las actuaciones de la administración como señalamos al inicio.

Lo que se sustenta también en la norma constitucional cuando se establece en el artículo 11 numeral tercero, que los derechos y garantías de la Constitución son de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público y administrativo; sustentando así que las actuaciones que se den por parte de la administración deberán basarse en el respeto y aplicación de estos derechos y garantías. De igual manera, el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador, es claro al establecer que todas las personas, autoridades e instituciones deberán aplicar de manera directa las normas constitucionales; recalando nuevamente que los derechos consagrados en la Constitución son de inmediato cumplimiento y aplicación.

¹⁸EDGAR NEIRA. “Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Sancionador”, *Óp. cit.*, p.82

¹⁹ AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado.* *Óp. cit.*, p.IX-17.

En lo que respecta a los procedimientos administrativos es importante tomar en cuenta que el autor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA²⁰ menciona que “el procedimiento administrativo tiene la función de constituirse en una garantía de los administrados,” garantía que sin duda para ser eficaz deberá cumplir los lineamientos constitucionales; es por esto que el desarrollo de los mismos se deberá hacer por parte de las autoridades correspondientes aplicando normas constitucionales pero también normas inferiores, que les permitan garantizar la aplicación de derechos .

Bajos estos parámetros y al respeto de las garantías de los individuos, nuestra Constitución establece que todas las personas gozarán de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, señalando de manera específica a los derechos de protección:

Art. 75.- *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. [La cursiva me pertenece]*²¹

Es claro entonces, en cuanto a los derechos de protección, que toda persona tiene derecho a un acceso gratuito a la justicia pero también a una tutela efectiva, que de manera general implica el derecho que tiene el ciudadano de plantear una solicitud al Estado y de que ésta sea respondida.

De esta manera, es necesario establecer que nuestra Constitución indica de manera clara en su artículo 76 que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la aplicación de ciertas garantías básicas como son:

1.- *Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [La cursiva me pertenece]*²²

²⁰ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, 2001, p.1456.

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

²² *Id.*, art. 76.

Este primer numeral del artículo 76 es claro al establecer que le corresponde a toda autoridad administrativa garantizar el cumplimiento de los derechos de las partes, sin que nuestra Constitución haga diferenciación alguna en la aplicación de derechos en casos de actividades entre la administración y el administrado. Por lo que, la autoridad administrativa deberá garantizar en cada una de sus actuaciones el respeto y aplicación de los derechos del administrado.

De igual forma nuestra Constitución en su artículo 76 al referirse al debido proceso señala que deberán respetarse y aplicarse garantías como:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida (...).²³

Estas garantías que sin duda son consideradas como básicas y de aplicación inmediata podrían ser violentadas cuando se desarrollan procedimientos administrativos por parte de la administración, y no son aplicadas por las autoridades administrativas. Por lo que, es importante recalcar que la autoridad administrativa deberá respetar todos los derechos y garantías establecidas en la Constitución que no dejan de ser aplicables por ser un procedimiento y no un proceso la relación entre la administración y el administrado.

Recordando así, que tal y como establece el artículo 226 de la Constitución, todas las personas que actúen en virtud de una potestad estatal tendrán el deber de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, y su no aplicación los llevaría a la violación del principio de legalidad. Por lo que sin duda, el respeto a las normas constitucionales por parte de la administración nos permite consolidar que los procedimientos administrativos sean esa garantía para el administrado en la relación jurídica frente a la administración.

Finalmente, la Constitución de la República del Ecuador, señala también en su artículo 82 que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y

²³ *Ibíd.*

en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Este derecho le dará al administrado la estabilidad que requiere en cada una de sus relaciones con la administración.

Es importante recalcar, que nuestro país no goza con una única legislación consolidada sobre los procedimientos administrativos, encontrando así una normativa dispersa en este tema. Por lo que, cuerpos legales como el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización nos remite a normas específicas para cada uno de los casos.

1.4.- Los Procedimientos Administrativos en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.-

Como he señalado anteriormente, los procedimientos administrativos no se encuentran desarrollados y enmarcados en un único cuerpo legal, es por esto que aunque el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización establece un capítulo para la Actividad Jurídica de las Administraciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de los Procedimientos Administrativos, este capítulo no es completo y nos indica que los procedimientos administrativos no regulados en este Código se regularán por acto normativo expedido por el correspondiente gobierno autónomo descentralizado, habilitando así a estos a crear normas de procedimientos administrativos.

Es así que el Concejo Metropolitano, el 18 de octubre del 2010, emitió la Ordenanza Metropolitana que regula el ejercicio de la potestad sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito, la misma que tiene como objetivo establecer y regular las bases del régimen para el ejercicio de las potestades de inspección general, de instrucción, de resolución y ejecución de los procedimientos administrativos sancionadores.

El Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización establece en su artículo 395 referente a la potestad sancionadora y que da inicio a su sección de procedimientos administrativos sancionadores, que los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno ejercerán la potestad sancionadora en materia administrativa generándose así un tema de competencia.

Cuando ésta normativa se refiere a los procedimientos administrativos o procedimientos administrativos sancionadores, no hace conceptualización alguna de lo que estos implican, es así que el artículo 401 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, establece únicamente el contenido y las partes en que se desarrollará el mismo, señalando lo siguiente:

Procedimiento.- El procedimiento administrativo sancionador *iniciará mediante auto motivado* que determine con precisión el hecho acusado, la persona presuntamente responsable del hecho, la norma que tipifica la infracción y la sanción que se impondría en caso de ser encontrado responsable. En el mismo auto se solicitarán los informes y documentos que se consideren necesarios para el esclarecimiento del hecho.

El *auto de inicio* del expediente será notificado al presunto responsable, concediéndole el término de cinco días para contestar de manera fundamentada los hechos imputados. Con la contestación o en rebeldía, se dará *apertura al término* probatorio por el plazo de diez días, vencido el cual se dictará *resolución motivada*.

Para asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiere imponerse, las autoridades competentes podrán adoptar *medidas provisionales* de conformidad con lo previsto en este Código. [La cursiva me pertenece]²⁴

Como vemos este artículo 401 que se refiere a los procedimientos administrativos sancionadores, establece únicamente las partes que contiene el procedimiento, señalando que este iniciará mediante un auto motivado que deberá establecer con precisión al presunto infractor, la posible contravención y la posible sanción para que sea válido; una vez notificado el auto de inicio y vencido el término para la contestación por parte del posible infractor se dará apertura al término de prueba para luego emitir resolución motivada; articulado que no presenta diferenciación alguna para los casos de infracciones administrativas flagrantes en cuanto al procedimiento como la hace la Ordenanza Metropolitana No. 321, señalando eso sí que para asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiera imponerse se podrían imponer medidas cautelares, lo que entendemos se daría de manera general en el procedimiento.

²⁴ CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 401. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

En cuanto a los recursos administrativos el artículo 403 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización señala que contra las resoluciones que impongan sanciones administrativas, podrán interponerse el recurso de apelación o el extraordinario de revisión. Así mismo, el artículo 406 del mismo cuerpo legal señala que se podrá impugnar contra las resoluciones que emitan los funcionarios encargados de la aplicación de sanciones en ejercicio de la potestad sancionadora en materia administrativa. De donde se evidencia una segunda observación en cuanto a la Ordenanza Metropolitana No. 321 en la cual se especifica que para acceder a alguno de estos recursos será necesario realizar una consignación previa correspondiente al monto resultado de la multa.

Más adelante, el artículo 407 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización establece que los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiere dictado o ser impugnados directamente en apelación ante la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado.

1.5.- Principios del Procedimiento Administrativo.-

Tal y como lo hemos mencionado anteriormente el procedimiento administrativo se nutre, estructura y desarrolla en una base que son los principios, derechos y garantías que deben respetarse; los mismos que tienen un sustento constitucional y que por ende son de cumplimiento inmediato, recalando así que al ser los principios la guía para el desarrollo de los procedimientos administrativos, su no aplicación podrían incluso llevarnos a la nulidad del mismo.

El autor ROBERTO DROMI señala de manera general que estos principios jurídicos fundamentales son pautas y directrices que definen la esencia y justifican la existencia de los procedimientos administrativos, señalando también que estos principios son de dos tipos, sustanciales y formales; estableciendo como principios sustanciales la legalidad, transparencia, defensa y gratuidad.²⁵ Por lo que es importante recalcar, que al considerarse que la relación entre administración y administrado se desarrolla bajo procedimientos administrativos es necesario se deban respetar y aplicar todos y cada uno de los derechos y principios que garantiza nuestra Constitución hacia el administrado.

²⁵Cfr. ROBERTO DROMI. *Derecho Administrativo*. Ciudad de Argentina. Buenos Aires, 1998, p.894.

Nuestra Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 11 en cuanto al ejercicio de los derechos, que estos se regirán por varios principios, señalando de manera específica en su numeral sexto que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, estableciendo incluso en su numeral noveno, que el Estado será responsable por la violación a los principios y reglas al debido proceso.

Al hablar de la legalidad como un principio sustancial, el autor ROBERTO DROMI señala que este principio es la columna vertebral de la actuación administrativa; lo que implica la necesaria conformidad de los actos con el ordenamiento jurídico vigente. Como ya hemos mencionado anteriormente, esto se sustenta en nuestra Constitución cuando se hace mención al principio de legalidad en donde se establece que las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Así mismo, se señala en este artículo que tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Como segundo principio señalado por el mismo autor, se menciona al principio de transparencia, el mismo que permite ver con claridad el actuar de los órganos administrativos; y como tercer principio el de defensa que implica la posibilidad de participación en el procedimiento administrativo, esta es la opción que tiene el administrado para ser oído, para poder ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión fundamentada.

Finalmente, DROMI señala como último principio el de gratuidad indicando que a diferencia del proceso judicial, el procedimiento administrativo es absolutamente gratuito, siendo esta una condición de la participación posible e igualitaria.²⁶ Es importante tomar en cuenta también, que en cuanto a los principios del procedimiento administrativo en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se establece de manera específica en el artículo 382 lo siguiente:

Los procedimientos administrativos que se ejecuten en los gobiernos autónomos descentralizados observarán los *principios de legalidad, celeridad, cooperación, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, libre acceso al expediente,*

²⁶ *Id.*, p.897.

informalidad, inmediación, buena fe y confianza legítima. [La cursiva me pertenece]²⁷

En cuanto al principio de informalidad, es importante recalcar lo mencionado por el autor AGUSTÍN GORDILLO, quién establece que uno de los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo es su carencia de formas estrictas. Este informalismo, nos indica el mencionado autor son a favor del administrado y nada tienen que ver con un tema de discrecionalidad por parte de la administración.²⁸ Esto ratifica nuevamente, el cumplimiento que debe existir siempre en la aplicación de derechos y garantías en los procedimientos administrativos; recordando así, que a pesar de ser el informalismo una característica propia de los procedimientos administrativos, no significa que en los mismos no deba respetarse principios fundamentales como el debido proceso.

Otro principio señalado es el de celeridad, que implica que el procedimiento se desarrolle bajo los plazos establecidos, evitando así demorar el dictamen de resoluciones en beneficio del administrado pero sobre todo del bien común. Es necesario tomar en cuenta que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización nos habla en su artículo 402 sobre la caducidad, estableciendo ya un plazo para resolución de los mismos y determinando una responsabilidad para el funcionario que permita la caducidad del expediente en el cual se desarrolla el procedimiento administrativo.

Los principios de eficacia y eficiencia, se refieren tal y como señala MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ en su ensayo sobre Los Procedimientos Administrativos, a la rapidez, celeridad, sencillez y economía con la que deben desarrollarse los procedimientos administrativos.²⁹ Como vemos estos principios guardan relación y buscan poder conseguir procedimientos rápidos y ágiles que puedan darle una respuesta inmediata al administrado.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, realiza una diferenciación cuando establece a los principios del procedimiento

²⁷ CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 382. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

²⁸ Cfr. AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo.: La defensa del usuario y del administrado.* Óp. Cit., p.II-9.

²⁹ MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ. *Los Procedimientos Administrativos.* <http://www.bibiosjuridicas.unam.mx>. (acceso: 03-10-2014)

administrativo sancionador, señalando que la potestad sancionadora y los procedimientos administrativos sancionadores se regirán por los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad y prescripción.

En cuanto al principio de proporcionalidad el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establece de manera específica lo siguiente:

Art. 396.- Principio de proporcionalidad.- En la normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la gradación de la sanción a aplicar:

- a) La trascendencia social y el perjuicio causado por la infracción cometida;
- b) El grado de intencionalidad;
- c) La reiteración o reincidencia en la comisión de las infracciones; y,
- d) La cuantía del eventual beneficio obtenido.³⁰

Como podemos ver, este principio lo que busca es poder establecer que dentro resultado de los procedimientos administrativos sancionadores se emitan sanciones que guarden relación con el hecho cometido y la sanción a aplicar logrando así resoluciones que sustenten la decisión de una sanción y el cumplimiento a lo establecido en nuestra Constitución en relación al debido proceso.

Otro principio que se establece en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización es el principio de tipicidad que no implica otra cosa que las infracciones que se cometan por parte del administrado para ser sancionadas, deberán constar en la normativa correspondiente, indicándose que estas conductas deberán ajustarse a principios señalados en el mismo:

Art. 397.- Principio de tipicidad.- Constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico tipificadas como tales en la ley, siempre que la conducta tipificada y la sanción se ajusten a los principios de este Código, sus competencias y bajo los siguientes parámetros:

- 1.- Que la sanción sea proporcional al hecho que se acusa;

³⁰ CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 396. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

2.- Que la sanción consista en una o más de las siguientes medidas:

- a) Sanciones pecuniarias de cuantía fija (...)
- b) Derrocamiento, desmontaje, y en general, el retiro, a costa del infractor, del objeto materia de la infracción administrativa.
- d) Clausura temporal o definitiva del establecimiento;
- e) Cancelación definitiva de licencias, permisos o autorizaciones administrativas;
- f) Decomiso de los bienes materia de la infracción administrativa;
- g) Suspensión provisional o definitiva de la actividad económica o industrial materia de la infracción;
- h) Desalojo del infractor del bien inmueble materia de la infracción
- i) Reparación del daño causado;
- j) Cualquier otra medida administrativa contemplada³¹

Cuando hablamos entonces que los procedimientos administrativos se rigen bajo estos principios es importante recalcar lo que sucede con los procedimientos administrativos sancionadores aplicables en el Distrito Metropolitano de Quito. Estos procedimientos administrativos sancionadores se sustentan en la potestad de sanción que tiene la administración pública contra el administrado cuando ha infringido la normativa.

La Ordenanza Metropolitana No. 321 que establece el Régimen Administrativo para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito establece:

Art.... (20) de la Sustentación y Prueba.-

1.- Con la contestación del presunto infractor o en rebeldía, si hubiere hechos que deban probarse, se dará apertura al término probatorio por diez días calendario, vencido el cual, el expediente será remitido al funcionario decisor, para que se dicte resolución motivada.

2.- Sin embargo, *en todos los casos de infracciones administrativas flagrantes para que el instructor de trámite a la contestación del presunto infractor, este deberá depositar el monto que corresponda a la sanción pecuniaria en garantía del resultado del procedimiento sancionador, en el lugar y modo establecido por la Agencia Metropolitana de Control. [La cursiva me pertenece]*

3.- En el caso de *infracciones administrativas flagrantes la falta de contestación del presunto infractor o la falta de depósito en garantía se considerará como allanamiento a los hechos imputados* por lo que en el evento de que el infractor no hubiere

³¹ *Id.*, art. 397.

contestado en tiempo y modo, el instructor remitirá el expediente al funcionario decisor para la emisión de la resolución correspondiente y su ejecución. [La cursiva y el subrayado me pertenecen]³²

De este artículo es importante recalcar varios temas: primero la distinción que se hace entre las infracciones administrativas comunes y las infracciones administrativas flagrantes, señalando que en este segundo caso, para que el funcionario instructor de trámite a la contestación del presunto infractor este deberá depositar un valor en garantía equivalente al resultado del procedimiento administrativo sancionador; así mismo, es importante distinguir que la ordenanza es clara al indicar que la falta de depósito en garantía se considerará como allanamiento a los hechos imputados. Lo que nos lleva a analizar más adelante la figura de la flagrancia y del allanamiento en materia administrativa pero también la naturaleza del depósito exigido.

De lo mencionado anteriormente, es claro que para que se dé trámite por parte del funcionario instructor a la contestación del posible infractor en caso de infracciones administrativas flagrantes, es necesario cumplir con una condición y es que el posible infractor realice primero el depósito en garantía. En caso de que este depósito no se realice se considerará al posible infractor como allanado a los hechos imputados, lo que nos permite establecer que la aplicación de esta garantía, genera una limitación de acceso a la justicia administrativa; siendo contrario a los derechos y principios constitucionales.

³² ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 20 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

CAPÍTULO II

DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL ADMINISTRADO

2.1.- Debido Proceso

Como se ha señalado en el primer capítulo, el Derecho Administrativo y por ende los procedimientos administrativos, sustentan su correcta actuación y desarrollo en nuestra Constitución, lo que genera una estrecha relación entre la norma constitucional y el Derecho Administrativo, tal y como lo sustenta el autor JAIRO RAMOS ACEVEDO cuando señala que:

El Derecho Administrativo es producto del Estado de Derecho, el cual nace y se desenvuelve en virtud de la organización y funcionamiento de los órganos que ejercen el poder. Se encuentran regulados con base en las disposiciones constitucionales que lo establezcan, de donde se desprende una estrecha relación en ambas disciplinas, y una dependencia del Derecho Administrativo al Derecho Constitucional; puesto que sin éste no puede existir aquél³³

³³ JAIRO RAMOS ACEVEDO. *Cátedra del Derecho Administrativo*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p.59.

De igual manera, los autores PEDRO ABERASTURY Y MARÍA ROSA CILURZO al referirse al contexto único del procedimiento administrativo señalan que:

El procedimiento administrativo se encuentra conformado por una serie de actuaciones que tienen por finalidad última el dictado de un acto administrativo, de acuerdo a las formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, para preservar los derechos y las garantías constitucionales³⁴

Es claro entonces, como hemos señalado en el desarrollo de este trabajo, que es en nuestra Constitución donde se sustentan los derechos y garantías que deben ser aplicados de manera obligatoria e inmediata en el desarrollo de los procedimientos administrativos, con la finalidad de que estos no sean vulnerados por una falta de aplicación a través de la administración. Esta obligación, por llamarla de alguna manera, de respeto a lineamientos constitucionales genera esa relación irrompible que debe existir en cada actuación que realice la administración. Bajo estos parámetros, en el primer capítulo analizamos de manera general a los principios que rigen los procedimientos administrativos en nuestra Constitución, y que son una garantía individual para el administrado. Dentro de estos principios analizamos de manera general al debido proceso.

El cuanto al origen del principio del debido proceso, el autor JAIME RAMOS ACEVEDO, realiza en su obra Cátedra del Derecho Administrativo, una importante reseña en la cual indica que éste principio nace en el derecho inglés medieval, con una finalidad específica que era la de servir como una garantía de protección procesal para los nobles. Luego, a partir del derecho inglés originario, este principio del debido proceso servía como una mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias, penas pecuniarias y confiscaciones o aplicación injusta de las normas del *common law*. Finalmente, en el derecho norteamericano este principio tiene un carácter restrictivo, otorgándosele a través de la doctrina y la jurisprudencia un tratamiento de instrumento meramente formal de garantía procesal, en el entendido de que el concepto significaba el respeto a los procedimientos tradicionales del *common law* inglés.³⁵ Vemos así, que este

³⁴ *Id.*, p.27.

³⁵ *Cfr.* JAIME SANTOFIMIO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.57.

principio del debido proceso ha tenido desde sus inicios como finalidad el poder garantizar y proteger al ciudadano a través de procesos justos, que impidan cualquier tipo de arbitrariedades por parte de quienes los aplicaban.

Cuando se hace mención al concepto del debido proceso como tal, es importante tomar en cuenta lo señalado por el autor antes citado, quién menciona que se debe entender a éste como el más amplio sistema de garantías que tiene como finalidad primordial la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material en cada una de las actuaciones administrativas. Para lograr cumplir esta finalidad deberán respetarse el cumplimiento de varios elementos como son: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas.³⁶

Para poder realizar una comparación de lo que sucede en nuestro país; es importante recalcar entonces, lo mencionado en nuestra Constitución en relación al debido proceso en su artículo 76 donde se menciona de manera clara que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso lo que significa que por mandato constitucional surge la obligación de aplicación de este derecho en el desarrollo incluso de cada procedimiento administrativo por parte de las autoridades correspondientes.

Dentro de las garantías que se incluyen en este principio tal y como lo establece nuestra Constitución ésta la obligación que tiene toda autoridad administrativa de garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes. Por tanto, la autoridad administrativa que tenga bajo su cargo el desarrollo y resolución de procedimientos administrativos, deberá actuar bajo estos parámetros pero sobre todo deberá asegurar la aplicación de derechos y garantías para el administrado. De igual forma, se establece en nuestra Constitución como otra de las garantías que incluye el principio de debido proceso, la presunción de inocencia de toda persona y su tratamiento como tal hasta que no exista una

³⁶ *Id.*, pp.60-61.

resolución firme que declare su responsabilidad, garantía que será analizado de manera más profunda en el capítulo tercero de este trabajo.

En relación a lo antes mencionado, es claro que en todo procedimiento administrativo debe asegurarse la aplicación del debido proceso, recalcando que nuestra Constitución no hace diferenciación alguna para la aplicación de este principio con sus respectivas garantías cuando se desarrollen procedimientos administrativos en contra de infractores flagrantes, por lo que es importante mencionar lo señalado por los autores PEDRO ABERASTURY Y MARÍA ROSA CILURZO, quienes son claros al indicar que “la no aplicación de este principio podría originar severas consecuencias para la administración en el caso de que se dicte un acto inválido.”³⁷

El debido proceso constituye entonces, la piedra angular de las garantías y conceptos orientadores de las actuaciones administrativas; en la práctica se estructura como una fuente importante de garantías constitucionales e interpretación del ordenamiento jurídico.³⁸ Por lo que, un procedimiento administrativo que cumpla con cada uno de los elementos del debido proceso, se convertirá de manera inmediata en una garantía para el administrado, pero también para el interés general, recordando que tal y como mencionamos en el primer capítulo la finalidad del procedimiento administrativo es garantizar el derecho de los administrados pero sobre todo la búsqueda del bien común.

Lo antes mencionado se sustenta y soporta en el marco normativo internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en donde se establece de manera específica en su artículo 8 que:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

³⁷ PEDRO ABERASTURY Y MARÍA ROSA CILURZO. *Curso de Procedimiento Administrativo*. Argentina: Abeledo Perrot, 1999, p. 37.

³⁸ *Id.*, pp.70-71.

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) *derecho del inculpado de defenderse* personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
³⁹ [La cursiva me pertenece]

Aunque el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en el año de 1969, ya hacía referencia a la existencia de las garantías estas se referían específicamente a garantías judiciales como tal; pero sin duda, este es el soporte para luego poder hablar de garantías en todos los procesos y procedimientos que se realicen.

2.2.- Derecho a la Defensa

Al hablar del principio del debido proceso, mencionamos que nuestra Constitución en su artículo 76 señala de manera específica que este principio se constituye de varios elementos entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7.- El *derecho de las personas a la defensa* incluirá las siguientes garantías:

- a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa* en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- c) *Ser escuchado en el momento oportuno* y en igualdad de condiciones.
- h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida* y replicar los argumentos de las otras partes;⁴⁰ [La cursiva me pertenece]

Nuestra Constitución es clara al establecer que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones se asegurará el derecho al debido proceso, respetándose garantías como el derecho a la defensa. Esta garantía implica entre otras cosas que nadie pueda ser privado del derecho a la defensa en ningún caso y en ninguna etapa o grado del procedimiento, que el administrado pueda ser escuchado en el momento oportuno y que pueda presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido. Estas garantías deberán respetarse y aplicarse en el desarrollo de los

³⁹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. (1969). Artículo 8.

⁴⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

procedimientos administrativos por parte de las autoridades para que estos sean válidos pero sobre todo justos para las partes.

El tratadista JAIME SANTOFIMIO, al referirse al principio de derecho de defensa hace relación a lo mencionado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto al derecho de defensa dentro de la actuación administrativa: “La defensa (...) requiere ser unitaria, continua y permanente”, explicando así que la defensa del administrado debe nacer desde el momento en que la administración crea una duda sobre una posible contravención por parte del administrado. Indicando de igual forma, que una vez que se genera esta duda se le debe dar la oportunidad al administrado de ser oída, de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica.⁴¹ Volvemos a constatar entonces, que el derecho de defensa nace para cualquier persona sobre la cual la administración tenga un indicio de posible incumplimiento a la normativa, sin que se haga diferenciación alguna para los casos de infracciones administrativas flagrantes.

Este principio de defensa que es de aplicación general, no establece excepción alguna o específica para su no aplicación, lo que nos permite entender entonces que no existe administrado alguno que por condición específica se encuentre exento de la aplicación de este principio. Siendo así, incluso en el caso de infracciones administrativas flagrantes, ésta vigente el derecho a defenderse y esto se sustenta cuando autores como AGUSTÍN GORDILLO establecen que el “principio de defensa del presunto infractor se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca.”⁴²

Lo mencionado anteriormente, nos lleva entonces a evidenciar que cuando el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a través de la Agencia Metropolitana de Control, exige el depósito en garantía en caso de infracciones administrativas flagrantes como requisito previo para que el funcionario instructor de trámite a un escrito de defensa por parte del administrado, se ésta limitando al posible infractor a acceder a la justicia administrativa y por ende a presentar una contestación que sirva como argumentos de defensa. Evidenciando entonces, que no se están respetando derechos y garantías constitucionales que deben aplicarse en todos los procedimientos administrativos sin excepción alguna, ya

⁴¹ Cfr. JAIME SANTOFIMIO. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p.73.

⁴² AGUSTÍN, GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del Administrado. Óp. cit.*, p.IX-14.

que el depósito de esta garantía por parte del administrado como requisito previo para que se dé trámite a su contestación en condición de infractor administrativo flagrante, implica una limitación y violación a derechos constitucionales.

Tal y como mencionamos nuestra Constitución establece que la garantía del derecho a la defensa incluye otras garantías como el que nadie sea privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento. Esta garantía, de manera general e inmediata nos permite ver la posibilidad con la que debe contar el administrado para defenderse dentro de cada una de las etapas del procedimiento previamente establecidas.

Otra garantía del derecho de defensa es el poder ser escuchado en el momento oportuno; el derecho a ser oído tal y como menciona el autor MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ comprende la posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes y después de la emisión del acto, ratificando así que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es la regla de una buena administración⁴³. Esta garantía se encuentra condicionada en la Ordenanza 321 para los casos de infractores flagrantes, quienes para poder ser oídos y por ende para poder defenderse deberán de manera previa depositar un monto en garantía.

Es decir, que de no poder realizarse ese depósito en garantía el infractor flagrante no podrá dar contestación a los hechos imputados y por ende se allana a los mismos. Esta limitación al derecho de defensa y violación a derechos y garantías constitucionales, se vuelve mayor cuando el administrado no tenga la seguridad del monto a depositar en garantía, porque la ordenanza que haya contravenido establezca mínimos y máximos de una posible sanción, y como ya sabemos el monto a depositar en garantía corresponde al valor de la multa. En estos casos, el administrado además de depender de un depósito en garantía, para poder dar contestación a los hechos imputados, dependerá del criterio del funcionario instructor.

De lo antes mencionado, tenemos varios ejemplos en Ordenanzas del Distrito, como la Ordenanza 308 referente al: Régimen Administrativo de las Licencias Metropolitanas y en Particular, de la Licencia Metropolitana única para el Ejercicio de las Actividades Económicas en el Distrito Metropolitano de Quito, que establece en su artículo 1 que esta licencia (LUAE) es el acto administrativo único con el que el Municipio del Distrito

⁴³ Cfr. MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA. *Los Principios del Procedimiento Administrativo*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf> . (acceso: 17/10/2014).

Metropolitano de Quito autoriza a su titular el desarrollo de actividades económicas. Estableciendo en su artículo 31 que le corresponde a la Agencia Metropolitana de Control, ejercer las potestades de inspección general, de instrucción y juzgamiento administrativo, de conformidad con la Ordenanza que norma el régimen jurídico de control administrativo en el Distrito Metropolitano de Quito, es decir, la Ordenanza 321 de la cual discutimos su inconstitucionalidad en la aplicación de limitaciones de acceso a la justicia administrativa.

Cuando hace referencia al tema sancionatorio, esta Ordenanza 308 lo hace a través de una disposición transitoria, en la cual establece que mientras se expida la Ordenanza que norme el régimen administrativo del ejercicio de potestades sancionatorias en el Distrito Metropolitano de Quito y entre en vigencia el título de “Infracciones y Sanciones” se sujetará al siguiente régimen jurídico: “ 2.- (...) *la falta de obtención o renovación de la LUAE será sancionada con una multa de hasta cinco mil dólares de los Estados Unidos de América y la clausura del establecimiento hasta la fecha en que se justifique la obtención de la LUAE*”⁴⁴ En la práctica los funcionarios decisores se encuentran sancionando a los administrados que no cuenten con esta Licencia de Funcionamiento con un mínimo de un centavo hasta un máximo de cinco mil dólares; procedimiento que sin duda nos deja muchas inquietudes en caso de infracciones administrativas flagrantes al momento de establecer la garantía que deberá depositarse.

Otro ejemplo existente de la exigencia del depósito en garantía donde existe un mínimo y máximo de posible sanción se da en la Ordenanza Metropolitana No. 276, referente al: Régimen Administrativo de Turismo y de Tasas por Licencia Única Anual de Funcionamiento de las Actividades de Turismo y por las Facilidades y Servicios Turísticos en el Distrito Metropolitano de Quito, que establece en su artículo 5 referente a la naturaleza del registro que el Registro de Turismo del Distrito Metropolitano de Quito, es el instrumento público en el que se encuentran inscritas todas las personas naturales o jurídicas que realicen cualquiera de las actividades previstas en la Ley de Turismo.

⁴⁴ Es importante recalcar que previo a la aplicación de la Ordenanza Metropolitana 308, los entonces llamados Comisarios Metropolitanos del Distrito Metropolitano de Quito aplicaban la Ordenanza 255, actualmente derogada, por la Ordenanza Metropolitana 172, y que actualmente se encuentra reformada por la Ordenanza Metropolitana 432 en su ámbito de sanción, referente al Régimen de Uso de Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito. En estas Ordenanzas Metropolitanas se sancionaba con un mínimo y máximo de una multa en proporción a la Remuneración Básica Unificada. Posteriormente con la reforma de la Ordenanza 172, en su ámbito de sanción, eliminan estos mínimos y máximos para el tema constructivo pero no se toma en cuenta a los controles de Licencia de Funcionamiento, por lo que en la actualidad los funcionarios decisores se encuentran aplicando la disposición transitoria cuarta de la Ordenanza Metropolitana 308.

De igual manera que el ejemplo señalado anteriormente, cuando esta Ordenanza se refiere al tema de sanción, menciona de manera específica a la tipología de las sanciones estableciendo que las sanciones administrativas darán lugar a la imposición de las siguientes multas: *Art. 40.- b) Multa de cien a doscientos dólares de los de los Estados Unidos de América, c) Multa de mil a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.*

Es importante tomar en cuenta, lo señalado por el autor ROBERTO DROMI, quién es muy claro y enfático al señalar que no deben existir limitaciones al derecho de defensa por lo que en su libro de Derecho Administrativo señala que:

El debido proceso adjetivo y el derecho de defensa constitucionalmente resguardado exigen que no se cercene, prohíba y obstaculice con limitaciones extra constitucionales y/o constitucionales la posibilidad real de impugnar las decisiones administrativas por vía administrativa. En ese orden de ideas, no deben ser impedimento del derecho de defensa y del acceso a la jurisdicción las creaciones procesales excluyentes o limitativas de la vía judicial, como el requerir el pago previo o el imponer un importe porcentual del monto del reclamo, como presupuestos preliminares de los recursos administrativos.⁴⁵ . [La cursiva me pertenece]

Es más que claro, que este depósito en garantía como lo he sustentado durante el desarrollo de todo este trabajo se vuelve un impedimento del derecho de defensa y del acceso a la justicia administrativa. Finalmente, otra garantía del derecho de defensa es el poder presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida, garantía que como ya hemos mencionado se encuentra limitada por el depósito de una garantía, para que ésta forme parte del expediente y sea tramitada por el funcionario instructor. Sin duda, cuando la administración no escucha al administrado o no permite que este pueda argumentar las razones de las que se crea asistido violenta estos derechos de carácter constitucional.

⁴⁵ ROBERTO DROMI. "Derecho Administrativo". *Óp. cit.*, p.1164.

2.3 Tutela Administrativa Efectiva

Como es claro, nuestra Constitución no hace mención específica a la tutela administrativa efectiva, simplemente hace relación a la tutela efectiva que como ya hemos mencionado implica el derecho que tienen los ciudadanos de que sus inquietudes y solicitudes sean resueltas por el Estado. Es así, que nuestra Constitución al referirse a la tutela efectiva señala que:

Art. 75.- *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*⁴⁶ [La cursiva me pertenece]

Este artículo establece que el incumplimiento de las resoluciones judiciales serán sancionados por la ley, lo que nos permite entender en un primer momento que la tutela a la cual hace referencia tiene que ver con el ámbito jurisdiccional; tema que abordamos en el primer capítulo donde sustentamos la existencia de la justicia administrativa y que por ende nos da la opción de establecer a la tutela administrativa efectiva.

En relación a la tutela efectiva como tal la autora VANESA AGUIRRE, al hablar sobre la tutela judicial efectiva establece en su artículo que “cuando el Estado, a través del poder jurisdiccional, asume para sí y en exclusiva la potestad de resolver los conflictos de relevancia jurídica, de imponer sanciones y ejecutar las resoluciones que de dicho poder provengan, asume al mismo tiempo un deber de carácter prestacional.”⁴⁷ Señalando también, que el Estado en su organización deberá establecer y plantear todos los elementos que permitan otorgar la tutela que las personas necesitan para la solución a una de sus inquietudes o solicitudes. Esto nos lleva a sustentar lo antes señalado y es que esta tutela efectiva a la que hace relación nuestra Constitución no implica sino el deber y obligación que tiene el Estado de dar una solución y respuesta de manera oportuna y motivada al ciudadano.

⁴⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008

⁴⁷ VANESA AGUIRRE GUZMÁN. *La Tutela Judicial Efectiva*. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf> (acceso: 21/10/2014).

Este concepto de tutela efectiva es una garantía constitucional para al ciudadano, que le permite tener la seguridad de que el Estado va a estar para poder dar respuesta a sus solicitudes de manera motivada. No obstante, esta garantía para el ciudadano esta también vigente en el caso de procedimientos administrativos, donde el administrado tiene todo el derecho de que sus solicitudes sean respondidas por parte de la administración. Es entonces donde nace la posibilidad de hablar de una tutela administrativa efectiva, que según autores como LEANDRO GONZALO SALGA se refiere a “la garantía constitucional con facultad de acceso a un procedimiento administrativo conducido en legal forma, que garantice una decisión fundada suficientemente en derecho y que, en la práctica resulte útil y oportuna”.⁴⁸

Es importante tomar en cuenta que los procedimientos administrativos iniciarán de oficio o cuando se ponga en conocimiento a la administración de hechos de una posible infracción; en el caso de que inicien por petición de parte estaríamos refiriéndonos a un denunciante pero este denunciante no siempre será parte de este procedimiento administrativo, salvo el caso que tenga un interés particular en el mismo. En casos como estos, la administración no solo tiene la obligación de darle una respuesta oportuna y efectiva al denunciante e interesado sino también al posible infractor que espera una respuesta del procedimiento administrativo aperturado en su contra.

Autores como NORMA MARÍA MARTÍNEZ distingue dos vertientes en el derecho a la tutela judicial efectiva, estableciendo que existe “una vertiente pasiva que consiste en el derecho a obtener un pronunciamiento judicial acerca de la corrección jurídica de una sanción administrativa, y por otro lado, una vertiente activa, que consiste en el derecho de denuncia y comunicación.”⁴⁹ Como hemos comentado anteriormente, el derecho a la denuncia se responde cuando la administración inicia el procedimiento si considera que existen los elementos suficientes para así hacerlos y para el posible infractor cuando la administración emite una resolución motivada y oportuna.

⁴⁸ LEANDRO GONZALO SALGA. *La Aplicación de la Tutela Administrativa Efectiva en el Procedimiento Administrativo Sancionador y los Nuevos Contornos de la Acción Disciplinarias*. http://revista.cpacf.org.ar/Revista005/index.php?option=com_content&view=article&id=55:instituto-derecho-ciudad-buenos-aires&catid=38:revista1 (acceso: 10-11-2014)

⁴⁹ Cfr. NORMA MARÍA MARTÍNEZ. “Problemas Jurídicos-Prácticos de la Figura del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador”. *Revista Jurídica Gálea*, pp.86-87

El caso Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión (Argentina), del 14 de octubre del 2014, ha dado un reconocimiento a la tutela administrativa efectiva, esto bajo los siguientes parámetros:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la resolución 16/99 del Comité Federal de Radiodifusión, que aprobó el pliego de bases y condiciones generales y particulares de los llamados a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia y dispone que quienes solicitaran la adjudicación de una estación deberían desistir de manera total e incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales que hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión y contra cualquier otro acto del organismo y de la Comisión Nacional de Comunicaciones. El organismo interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma la sentencia apelada.⁵⁰

Como podemos ver de los hechos de este caso Argentino, de manera directa se limita y restringe la posibilidad de poder impugnar administrativamente los actos emitidos por la administración, lo que nos lleva a pensar de manera inmediata que se violenta la garantía de tutela efectiva; ya que se estaría limitando el acceso de ocurrir ante las autoridades administrativas y por ende de la posibilidad de obtener de ellos una decisión. Es así, que la Corte establece que el art. 3° inc. a, de la resolución COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional de Argentina y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva.

Finalmente, es importante recordar lo ya mencionado y es que nuestra Constitución establece de manera clara que todas las personas tienen derecho a la tutela efectiva, que en el caso de procedimientos administrativos, se traduce a una tutela administrativa efectiva; que tendría como objetivo el poder dar una respuesta motivada a los inquietudes del administrado dentro de la sede administrativa. Sin embargo, esta garantía se violenta

⁵⁰Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) de Argentina. Sala Contenciosa Administrativa. http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?enc=yRmQF8FYtyrA9BBn1BkzUQ (acceso:10-11-2014)

cuando se irrespeta el derecho de los administrados de impugnar un acto administrativo que surge como resultado del procedimiento administrativo sancionador, o cuando en casos de infracciones administrativas flagrantes el posible infractor no puede recibir una respuesta motivada porque su acceso a la justicia se limitó al imponerle una condición de garantía previa que impidió pueda darse trámite a su defensa.

Por lo que hay que recordar también que no se violenta únicamente a la norma constitucional, sino también a Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que proclama en su artículo VII que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, o la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala en su artículo octavo que toda persona goza del derecho a un recurso efectivo que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o por la Ley.

2.4.- Seguridad Jurídica.-

De manera general el Diccionario de la Real Academia Española, establece que la seguridad jurídica “es una cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación.”⁵¹ Esta cualidad implica la seguridad que debe existir en el ciudadano de saber cuál será la consecuencia al cometer uno u otro acto.

Se entiende a la seguridad jurídica según el autor RICARDO GARCÍA MANRIQUE como “la seguridad del propio derecho, es decir, la seguridad acerca del contenido de las normas que lo componen y de su correcto funcionamiento. El Estado actúa, ante todo, a través del derecho y la seguridad jurídica expresa la perfección de su actuación”⁵² La seguridad jurídica entonces es la previsibilidad del ciudadano ante una determinada actuación; previsibilidad que demuestra la claridad con la que un Estado se maneja en el ámbito jurídico.

⁵¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Seguridad Jurídica*. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> (acceso 17-11-2014).

⁵² RICARDO GARCÍA MANRIQUE. *El valor de la seguridad jurídica*. Doctrina Jurídica Contemporánea. México: Iustel, 2012, p.66.

La seguridad jurídica menciona el mismo autor se caracteriza por el objetivo que persigue, que es el contenido y aplicación de las normas jurídicas válidas. Es decir, que la seguridad jurídica es la certeza respecto del contenido de las normas jurídicas vigentes; y el hecho de que son aplicadas de acuerdo con su contenido.⁵³ Lo que nos lleva entonces a reconocer, que un Estado que brinde seguridad jurídica será un Estado que brinde seguridad individual a cada uno de sus ciudadanos, quienes de forma clara podrán predecir por así decirlo, cuál será el resultado de sus actuaciones en el ámbito jurídico. Esta claridad jurídica o seguridad jurídica podrá de una manera inducir el actuar o no de una persona, quién con reglas claras tomará la decisión de optar por un determinado comportamiento.

Esta seguridad jurídica implica también que quién lleva o dirige cierto procedimiento en este caso administrativo deba ceñirse a lo estrictamente determinado por Ley y por supuesto bajo la estructura y respeto a la norma Constitucional, es decir, va a tomar decisiones sobre normas claras y previsibles para el administrado. Es así, que las mismas no podrán ser modificadas por la administración, ya que esto implicaría una violación de derechos y garantías constitucionales. Esto se sustenta cuando autores como ALEJANDRO LÓPEZ indican que la seguridad jurídica supone la certeza, estabilidad y razonabilidad en las normas y actos que dicten las autoridades.⁵⁴

La seguridad jurídica en el contexto de nuestra Constitución, se establece de manera específica cuando en el artículo 82 se menciona lo siguiente:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica *se fundamenta en el respeto a la Constitución* y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. [La cursiva me pertenece]⁵⁵

Este artículo nos permite sustentar lo ya mencionado y es que la seguridad jurídica le brinda al ciudadano una certeza y garantía de conocer hasta donde puede actuar en el ámbito jurídico, y de entender también cuál será el resultado de sus actuaciones, resaltando más adelante la supremacía de la Constitución ante las demás normas:

⁵³ *Id.*, pp.153-154.

⁵⁴ MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA. *Los Principios del Procedimiento Administrativo*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf> (acceso: 25-11-2014).

⁵⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 82. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

Art. 424.- *La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. [La cursiva me pertenece]*⁵⁶

Ante lo cual es importante analizar, si la seguridad jurídica es violentada al momento de establecerse la obligación de realizar un depósito en garantía equivalente al resultado del valor de la multa, cuando existen ordenanzas metropolitanas que establecen multas que van desde un mínimo o máximo de posible sanción. Es decir, que cuando existan multas que de manera exacta establezcan una sanción no habría mayor problema en cuanto al respeto a este derecho, sin embargo la duda surge cuando desconocemos el valor a considerar en garantía. Es claro recalcar, que mal haríamos en decir que se violenta la seguridad jurídica porque se establezcan mínimos o máximos como posibles sanciones, lo que establecemos puede considerarse como una violación a la seguridad jurídica es el equivalente que se le da al depósito en garantía, porque en estos casos la aplicación no es directa y violenta la norma constitucional. Es más vemos que en muchos casos no es aplicada por el funcionario instructor.

La doctrina y nuestra Constitución es clara al establecer que el derecho a la seguridad jurídica se basa en el respeto a la Constitución; por ende cuando se aplica la norma se lo debe hacer bajo este primer contexto de respeto a una norma suprema, lo que genera una duda en cuanto a lo que sucede con la aplicación de este monto en garantías en casos de mínimos y máximos, ya que quién termina estableciendo este valor será un funcionario instructor sin tomar en cuenta los parámetros del principio de proporcionalidad establecidos en el Código Orgánico de Organización Territorial, parámetros que no podrán ser sustentados hasta el momento de la resolución por parte del funcionario decisor.

Por lo que es importante recalcar lo que pasaría en el caso de un administrado dueño de un local que se encuentre dentro de la categoría I de obtención de Licencia de Funcionamiento, es decir, que genere un riesgo para las personas, bienes o ambientes menor al de un local que se encuentre en una categoría II, si en ambos casos el funcionario instructor impone como garantía el valor máximo de lo que sería el resultado de la multa. Sin duda, todos estos parámetros permiten evidenciar que no existe una certeza y

⁵⁶ *Id.*, art. 424

previsibilidad para el administrado que cometa una contravención flagrante en cuanto al valor a tener que depositar en garantía, ya que no existen lineamientos establecidos que deba cumplir el funcionario instructor para tomar esta decisión; lo que se suma a que muchas veces lo establecido en la normativa ni siquiera se cumple por parte de este funcionario ya que como veremos más adelante a pesar de que se apertura procedimientos administrativos sancionadores con un antecedente de contravención flagrante, el funcionario instructor en casos de sanciones que establecen multas de mínimos y máximos se abstiene de establecer montos en garantías, evidenciando así, que el funcionario se siente inseguro en la aplicación de esta norma.

CAPÍTULO III

LA FLAGRANCIA

3.1.- Historia y Concepto

Previo a realizar el análisis referente a la flagrancia, es importante tomar en cuenta que existen relaciones sustanciales entre el Derecho Administrativo Sancionador, el Derecho Penal y el Derecho Constitucional que nos han llevado a la necesidad de realizar un análisis en relación con nuestro tema de tesis. Es así, que autores como EDUARDO CORDERO establecen al referirse a la relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador que “la potestad punitiva del Estado encuentra en el Derecho Penal su máxima expresión”⁵⁷

⁵⁷ EDUARDO CORDERO. *El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal*. <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf> (acceso: 04-12-2014)

El mismo autor, en base a esta afirmación realiza un análisis de las sanciones administrativas en la historia, estableciendo que la potestad punitiva en manos de la administración ha pasado por varios cambios políticos e históricos; ante lo cual realiza un recuento que inicia en el análisis del *iusnaturalismo* y *el derecho penal de policía* indicándose que fue aquí donde se estableció el Derecho Penal de Policía en el cual se sostenía que “ las infracciones de policía comprenden acciones que son moral y jurídicamente indiferentes, pues constituyen en sus prescripciones inventos de la policía reinante, en cambio los preceptos del derecho penal rigen en todo lugar y todo el tiempo”. Al referirse a la *teoría del derecho penal administrativo*, señala que “esta surge al paso de una mayor intervención del Estado”, destacándose los deberes que tiene el hombre como miembro de una comunidad, lo cual impone deberes en la prevención de peligros y en la promoción del bienestar, materias que están a cargo de la administración.

Al referirse a la *tesis formalista* se hacen distinciones de los elementos que conforman las infracciones administrativas: a) Es una potestad entregada expresamente por el legislador, b) Está sujeto al régimen jurídico que es propio de la Administración del Estado: Derecho Administrativo, c) Se requiere de un procedimiento administrativo previo y d) La determinación de la infracción, la responsabilidad y la correlativa sanción se establece mediante un acto administrativo.⁵⁸

Si analizamos los componentes de esta tesis formalista en comparación con la Ordenanza Metropolitana No. 321, que regula el ejercicio de la potestad sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito, podemos evidenciar que es el Concejo Metropolitano en bases a sus competencias legislativas, el cual le otorga la potestad de inspección general, instrucción, resolución y ejecución en los procedimientos administrativos sancionadores a la Agencia Metropolitana de Control, la misma que para el ejercicio de sus potestades que tiene atribuidas actuará a través de los órganos y con las funciones que le confiere el orgánico funcional del Municipio.

Estos procedimientos administrativos como hemos mencionado durante este trabajo de investigación son parte del Derecho Administrativo, por tanto estos procedimientos deben enmarcarse dentro de lo establecido en la Constitución y cumplir con los preceptos contenidos en la norma jerárquicamente superior de nuestro ordenamiento jurídico. Recordando que estos procedimientos administrativos son el canal que permitirá

⁵⁸ *Ibíd.*

determinar la existencia o no de una infracción y una posible sanción, a través de una resolución administrativa que constituye un acto administrativo que puede o no ser impugnado.

Por su parte, el autor CARLOS SALMON establece que “la potestad sancionadora del Estado tiene su origen en el ejercicio del Poder de Policía por parte de éste, esto es, aquella actividad estatal que de manera coactiva, controla y sanciona el ejercicio desmedido e ilegítimo de las libertades por parte de los particulares”.⁵⁹ Bajo este análisis, es importante tomar en cuenta que la potestad sancionadora de la administración, es una materia independiente que a pesar de tener grandes similitudes con el Derecho Penal, no depende del mismo. Es importante considerar que nuestra Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la potestad sancionadora de la administración y por ende como hemos señalado en el desarrollo de nuestra tesis su procedimiento tiene que basarse en el respecto de las garantías constitucionales como el debido proceso.

GRACE ORDOÑEZ, en su artículo relacionado a La Potestad Sancionadora de la Administración, la Presunción de Inocencia y el Derecho de Prueba del Administrado, plantea que “las potestades administrativas, son poderes atribuidos a la Administración Pública por el ordenamiento jurídico” resaltando que una de las potestades de las que se halla investida la administración es la de control, la misma que consiste en la facultad que tienen determinados organismo de vigilar que las conductas se adecuen a la normativa vigente. Una vez determinado el incumplimiento y la responsabilidad a través de un procedimiento debidamente sustanciado, de ser el caso se produce la sanción.⁶⁰

La potestad administrativa de control que tiene la Agencia Metropolitana, está establecida de manera específica en el artículo 5 de la Ordenanza Metropolitana No. 321, que de manera textual señala lo siguiente:

Art. 5.- Potestades y competencias.-

1.- A la Agencia Metropolitana de Control le corresponde el ejercicio de las potestades de inspección general, instrucción,

⁵⁹ CARLOS SALMÓN ALVEAR. *Régimen Seccional Autónomo del Estado Ecuatoriano: Su Potestad Sancionadora como Administración Pública y su Compatibilidad con la Potestad Sancionadora de la Administración Central*. <http://www.salmonabogados.com/anotaciones/sobre-derecho-municipal> (acceso: 09-12-2014)

⁶⁰ GRACE ORDOÑEZ. “La Potestad Sancionadora de la Administración, la Presunción de Inocencia y el Derecho de Prueba del Administrado”. Cuadernos SUPERTEL, Consejo Editorial. pp.10-11.

resolución y ejecución en los procedimientos administrativos sancionadores (...)⁶¹

Cabe recalcar, que estas potestades de control y sanción que se otorgan a través de la Ordenanza Metropolitana No. 321, se amparan en lo establecido en la Ley de Régimen Municipal en donde se indica que será el Concejo Metropolitano el cual establecerá las atribuciones legales para aplicar sanciones. De igual forma, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización en su artículo 395 referente a la potestad sancionadora señala que los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno, ejercen la potestad sancionadora en materia administrativa.

La autora GRACE ORDOÑEZ sustenta que “el procedimiento administrativo sancionador es una potestad de la administración que la ejerce para tutelar sus resoluciones, tomadas a fin de cumplir con sus fines, que siempre convergen en la satisfacción del interés de la colectividad”. Ante lo que se alega lo que hemos mencionado durante el desarrollo de este trabajo y es que en un procedimiento administrativo sancionador se debe respetar toda y cada una de las garantías de las que goza el administrado, para que el procedimiento en sí se convierta en una garantía. De esta manera, el administrado partirá con la seguridad de que un procedimiento es una garantía para él, lo que se suma a la presunción de inocencia que opera a su favor que le permitirá ejercer su derecho a la defensa para desvirtuar las imputaciones realizadas en su contra.⁶²

Indicando y sosteniendo que los procedimientos administrativos parten de la presunción de inocencia del administrado, es importante poder establecer el concepto de flagrancia, que es tomando en cuenta en la Ordenanza Metropolitana No. 321; es así que el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA expone a la flagrancia como “la cualidad del flagrante” y al flagrante como algo “que se está ejecutando actualmente”.⁶³ GUILLERMO CABANELLAS, por su parte establece en su Diccionario

⁶¹ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 5 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

⁶² *Id.*, pp.16-17

⁶³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Flagrancia y Flagrante*. <http://lema.rae.es/drae/?val=flagrancia> (acceso: 13-12-2014).

Jurídico al término flagrante como “Lo que se está ejecutando o haciendo en el momento actual.”⁶⁴

En cuanto a los requisitos que son necesarios se cumplan para que exista la flagrancia el autor RAÚL PALOMINO, nos indica que son tres los que deberán cumplirse:

1. *inmediatez temporal*: Que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; 2. *inmediatez personal*: consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento; y 3. *necesidad urgente*: de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.⁶⁵[La cursiva me pertenece]

Siendo así, es importante hacer notar que la característica que debemos encontrar es la verificación del cometimiento del delito o en este caso de la infracción administrativa en ese momento, es decir, poder sorprender al administrado cuando se está cometiendo una infracción. Sin embargo, en la práctica en casos de licenciamientos de construcción por ejemplo, el propietario de la obra no siempre se encuentra y aun así, el funcionario instructor procede a entregar un auto de inicio con un antecedente de contravención flagrante suponiendo que la contravención flagrante se da por no encontrar un permiso en el proceso constructivo que se está ejecutando. Por lo que es importante, revisar lo que menciona nuestro Código Integral Penal, en cuanto a la situación de flagrancia en su artículo 527:

Flagrancia.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, *la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión*, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.⁶⁶

⁶⁴ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. *Flagrancia y Flagrante*. <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas> (acceso: 13-12-2014).

⁶⁵ RAÚL PALOMINO. *El Delito Flagrante*. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_04.pdf. (acceso: 14-12-2014)

⁶⁶ CÓDIGO INTEGRAL PENAL. Artículo 527, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014.

Esto nos lleva a entender entonces que cuando el funcionario instructor realiza los operativos de control, debería verificar el cumplimiento de estas tres características mencionadas por el autor PALOMINO, así como también se deberá cumplir con los parámetros que el Código Integral Penal establece para determinar la existencia de la flagrancia y así poder iniciar el procedimiento administrativo con este antecedente. Así mismo, tanto en el desarrollo del procedimiento administrativo por parte del funcionario instructor, como en la etapa de resolución por parte del funcionario decisor es importante que ambos consideren lo señalado por el autor AGUSTÍN GORDILLO y es que el “principio de defensa del presunto contraventor se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca”⁶⁷

Tal y como establece la Ordenanza Metropolitana No. 321, tanto el funcionario decisor como el funcionario instructor tienen competencias específicas establecidas de la siguiente manera:

Art.- 18.- Órganos competentes.- Los funcionarios decisores serán competentes para resolver acerca de la comisión de la infracción e imponer las sanciones administrativas y las multas coercitivas y más apremios establecidos en este Título y en el ordenamiento jurídico, previa instrucción y a solicitud del funcionario instructor de la Agencia Metropolitana de Control.⁶⁸

Es decir, que en este artículo se evidencia que el procedimiento administrativo es desarrollado por varios sujetos que gozan de competencias distintas y claramente limitadas:

Art.- 19.- Instrucción.-

1.- Los procedimientos sancionadores empezarán con un auto motivado de iniciación de instrucción emitido por el funcionario instructor de la Agencia Metropolitana de Control, producido de oficio o que tenga como antecedente un acta de verificación, la petición razonada y sustentada de otro órgano administrativo de la Agencia Metropolitana de Control, del Municipio del Distrito

⁶⁷AGUSTÍN, GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo: La Defensa del usuario y el Administrado*. Óp. cit., p.IX-14.

⁶⁸ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 18 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

Metropolitano de Quito, del Gobierno Central, o de la denuncia razonada o sustentada de cualquier persona

2.- En caso de infracciones administrativas flagrantes, el auto motivado se incorporara en una boleta, adhesivo o cualquier otro instrumento disponible que se entregará al presunto infractor o se colocará en el objeto y objetos materia de la infracción. (...)⁶⁹

Es importante recalcar que la función de inspección no le corresponde al funcionario instructor sino al inspector general, sin embargo, al iniciarse un procedimiento administrativo con la apertura del auto de inicio de proceso y su respectiva notificación, se entiende que será el funcionario instructor quién deberá verificar la situación de flagrancia del posible contraventor, para inmediatamente notificarlo con el auto de inicio de proceso en donde constará como antecedente y motivación la situación de flagrancia verificada en incumplimiento a la normativa municipal correspondiente.

3.2.- Principio de Inocencia

El autor ROBERTO DROMI establece que “corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los que sustentan la decisión”, lo que significa que en los procedimientos administrativos la carga de la prueba no recae en los administrados como en la práctica sucede, sino que recae en la administración reservándose el administrado su derecho a contradecir dicha prueba. Esto se sustenta con lo mencionado anteriormente por AGUSTÍN GORDILLO, cuando menciona que el principio de defensa se mantiene vigente aun cuando pareciera que ya no existen hechos que deban probarse por parte del administrado.

Este antecedente no se cumple en el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores aperturados por la Agencia Metropolitana de Control, ya que aquí se hace una diferenciación en el procedimiento para infracciones administrativas flagrantes, estableciendo un limitante para el acceso a la justicia administrativa al imponer el depósito de una garantía y luego al determinar que el no realizar dicho depósito en garantía equivale al allanamiento a los hechos imputados.

⁶⁹ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 19 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

Por su parte, GRACE ORDOÑEZ, establece que la presunción de inocencia, reconocida para los procedimientos administrativos supone que “solo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quién acusa podrá alguien ser declarado culpable y sancionado el administrado”.⁷⁰ Lo que nos lleva nuevamente a entender que el acto administrativo que resulta de este procedimiento administrativo, en este caso, la resolución administrativa deberá motivarse en los hechos imputados y la certeza de culpabilidad del administrado.

Este parámetro de poder contar con pruebas dentro del procedimiento administrativo que permitan a futuro sustentar la resolución final al funcionario decisor, no se cumpliría en los casos de infracciones administrativas flagrantes, ya que tal y como se establece en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ordenanza Metropolitana No. 321, la falta de contestación del presunto infractor o la falta de depósito en garantía se considerará como allanamientos a los hechos imputados. Es decir, que el posible infractor flagrante que no realice el depósito en garantía y al cual por ende no se le dará trámite a su contestación al auto de inicio de proceso, no tendrá posibilidad alguna de defenderse.

Es importante recalcar, que al no darse trámite a la contestación del presunto infractor, el único sustento que tendría la administración al momento de resolver sería lo verificado en el operativo de control realizado por el funcionario instructor. Lo que nos permite pensar que la administración ésta resolviendo los procedimientos administrativos de infracciones administrativas flagrantes sin verificar la existencia de los hechos imputados, sin probarlos y sin sustentar la existencia de una infracción en su resolución; simplemente cumple con lo que ordena la ordenanza metropolitana, es decir cuando el administrado no hace al depósito en garantía se considera se allana a los hechos imputados, olvidando que este administrado aun estando en situación de flagrancia goza de la presunción de inocencia.

Hemos argumentado que el administrado, tiene todo el derecho de poder defenderse y de que la administración cumpla y garantice su tutela efectiva; lo que no significa que el administrado deba probar su inocencia sino que pueda defenderse de las acusaciones que realiza la administración en su contra. Es importante recalcar, que a pesar de que el funcionario instructor, motive su auto de inicio de proceso señalando un estado de

⁷⁰ GRACE ORDOÑEZ. “La Potestad Sancionadora de la Administración, la Presunción de Inocencia y el Derecho de Prueba del Administrado”. *Óp. cit.*, p.24

flagrancia esto no desvirtúa la presunción de inocencia de la cual goza el posible infractor, y por ende su derecho a defenderse, lo que es sustentando en nuestra norma constitucional:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

2.- Cuando se establece que *se presumirá la inocencia de toda persona, y se la tratará como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.* [La cursiva me pertenece]⁷¹

Es así que nuevamente la autora GRACE ORDOÑEZ, establece que:

El imputado no tiene que probar su inocencia, la administración debe aportar una prueba lo suficientemente incriminadora que legitime la sanción por lo que en el caso de que la Administración comine al imputado a que pruebe esos hechos, se origina una inversión de la carga de la prueba y, con ello, la lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia.⁷²

Esta afirmación hecha por la autora permite argumentar lo antes mencionado, y es que es a la administración a quién le corresponde la carga de la prueba, tanto así, que el artículo 401 del COOTAD establece que elementos deberá incluir el auto de inicio para que sea válido, indicando que uno de ellos será la determinación de los hechos imputados, por lo que no es factible iniciar un procedimiento administrativo sancionador sin incluir sustento alguno, que para el caso de las infracciones administrativas flagrantes sería la verificación que realiza funcionario instructor. Esta primera verificación sirve como sustento para la determinación de los hechos imputados y emisión del auto de inicio de proceso, más no implica prueba plena y no debería convertirse en el único sustento para el funcionario decisor al momento resolver.

En los procedimientos administrativos sancionadores, indica GRACE ORDOÑEZ el derecho a la prueba y la presunción de inocencia, se encuentra íntimamente ligados, pues no es posible destruir la presunción de inocencia, sin someterse al debido proceso, dentro del cual la administración tiene la carga de la prueba y el imputado el derecho de

⁷¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

⁷² GRACE ORDOÑEZ. “La Potestad Sancionadora de la Administración, la Presunción de Inocencia y el Derecho de Prueba del Administrado”. *Óp. cit.*, p.26.

contradicción⁷³. Derecho que se está limitando, sin duda, cuando para poder ejercerlo debo depositar un valor en garantía equivalente al resultado del procedimiento administrativo, garantía que en algunos casos ni siquiera es clara, por existir un mínimo o máximo de multa a aplicar como resultado del procedimiento administrativo.

El que exista un mínimo o máximo como posible sanción y por ende como posible depósito en garantía, claramente no constituye el mayor problema, ya que el inconveniente radica en la limitación al derecho de acceso a la justicia administrativa que sea crea cuando se impone esta condición de realizar un depósito en garantía como requisito para que se dé trámite a mi contestación en caso de contravenciones administrativas flagrantes, cualquiera que sea este el monto a depositar en garantía. Lo que se hace notar, es que además de esta limitación y condición de realizar de manera previa un depósito en garantía para que se pueda dar trámite a la contestación en condición de infractor administrativo flagrante, está la falta de claridad en la normativa municipal en casos como estos, en los cuales se evidencia la aplicación de medidas discrecionales por parte del funcionario instructor, quien deberá determinar el valor que se deberá considerar como depósito en garantía sin basarse en un parámetro normativo alguno.

3.3.- Del Allanamiento

Tal y como se ha venido comentando en el desarrollo del presente trabajo la Ordenanza Metropolitana No. 321 es clara al establecer que en el caso de que el presunto infractor administrativo flagrante no realice el depósito en garantía se considerará como allanado a los hechos imputados, por lo que es importante realizar un breve análisis sobre lo que el allanamiento implica. El autor GUILLERMO CABANELLAS establece que el allanamiento es la “conformidad con las pretensiones deducidas con la parte contraria”⁷⁴. De igual forma, el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA indica que el allanamiento es “1. La acción y efecto de allanar o allanarse. 2. Acto de conformarse con una demanda o una decisión”⁷⁵ Por lo que, revisando de manera general estos conceptos

⁷³ *Id.*, p.35.

⁷⁴ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. *Allanamiento*. <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas> (acceso: 17-12-2014).

⁷⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Afianzar*. <http://lema.rae.es/drae/?val=allanamiento> (acceso: 17-12-2014).

podemos evidenciar que el allanamiento implica una manifestación de voluntad por parte del demandado en donde se conforma o acepta las pretensiones expuestas por el demandante o simplemente se conforma con una decisión.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil establece en cuanto al allanamiento a la demanda lo siguiente:

Art. 392.- El demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia. (...) ⁷⁶

Como vemos en este caso, el Código de Procedimiento Civil habla de un allanamiento expreso, es decir, debe existir una manifestación de la voluntad del demandado de allanarse a las pretensiones, acto que puede darse en cualquier parte de la demanda siempre y cuando sea dado antes de la sentencia. El allanamiento señala el autor BAILÓN ROSALÍO “es una conducta o acto procesal que implica el reconocimiento por el demandado o por quién resiste en el proceso, a las pretensiones de quien acciona”. Por otro lado, este mismo autor establece que procesalmente el allanarse puede significar que una parte se conforme con una decisión del tribunal. ⁷⁷ De lo que se desprende que el allanamiento en materia procesal civil implica una voluntad expresa del demandado para reconocer a las pretensiones de quién acciona, que nada tiene que ver con aceptar los hechos que se le atribuyan.

En materia penal, el allanamiento se refiere al “allanamiento a cargos” tal y como lo establece el autor JUAN CARLOS SARABIA quién en su artículo denominado El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos señala que la figura del allanamiento implica que “mediante la manifestación libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asistido por un abogado defensor, acepta sin ningún condicionamiento la responsabilidad penal permitiéndole al Estado ahorrar esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento”.⁷⁸ Reflejándose nuevamente, que una

⁷⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 392. Registro oficial Suplemento No. 058 del 12 de julio del 2005.

⁷⁷ BAILÓN, ROSALÍO. *Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición. Limusa, Noriega Editores. México, 2004, p.26.

⁷⁸ SARABIA, JUAN CARLOS. “El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos” *Revista CES DERECHO* ISSN 2145-7719 Volumen 4. Número 1. Enero-Junio 2013, p.4.

condición que debe existir en el allanamiento es la voluntad expresa del demandado, sumándole a esta condición otras más en el tema penal como es que esta voluntad expresa sea debidamente informada y se acompañe de un abogado.

En este mismo artículo podemos evidenciar que se establecen parámetros que nos permiten determinar cuando no hay una situación de allanamiento, indicándose que cuando haya una aceptación voluntaria a cargos donde haya habido presión, intimidación o una promesa falsa no puede haber un allanamiento real.

Bajo estos parámetros podemos determinar que el allanamiento en materia penal consiste en una manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos, lo que nos permite hacer una diferenciación en relación a lo que se plantea en la Ordenanza Metropolitana No. 321 donde no se estaría cumpliendo esta situación ya que se establece que el incumplimiento de una condición, que en este caso es la necesidad de realizar un depósito en garantía, genera de manera tácita la figura del allanamiento del demandado, cuando la doctrina es clara en establecer que para que exista el allanamiento este debe ser expreso y sin condición alguna.

3.4.- Análisis de la Ordenanza 321

El 18 de octubre del 2010, el Concejo Metropolitano del Distrito Metropolitano de Quito, sancionó la Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito, la misma que tiene por objeto establecer y regular las bases del régimen para el ejercicio de las potestades de inspección general, de instrucción, de resolución y ejecución en los procedimientos administrativos sancionadores. Esta ordenanza establece en su artículo tercero quienes son los sujetos de control, estableciendo que están sujetos a dicho régimen, entre otras: “b) Las personas naturales que promuevan, permitan o provoquen de cualquier modo la actividad, proyecto, actuación o conducta que constituya u origen la infracción administrativa prevista en el ordenamiento jurídico metropolitano.”⁷⁹

⁷⁹ ORDENANZA METROPOLITANA NO. 321. Que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Sancionada el 18 de octubre del 2010.

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo dentro de los tipos de procedimientos administrativos se encuentra el disciplinario, por lo que el autor JUAN CARLOS CASSAGNE, establece que este tipo de procedimientos es donde se investiga y sanciona infracciones solamente de orden administrativo, pero donde existe también una presencia de elementos penales, no propiamente delictivos sino de ilicitud administrativa.⁸⁰ Es así, como vemos que esta ordenanza metropolitana cumple con dicha función, que claramente está establecido en su artículo tercero antes mencionado.

En cuanto a estos procedimientos administrativos, es importante recalcar lo que sucede con los procedimientos administrativos sancionadores aplicables en el Distrito Metropolitano de Quito. Los mismos se sustentan en la potestad de sanción que hemos mencionado tiene la administración pública contra el administrado cuando ha infringido la normativa. La Ordenanza Metropolitana No. 321 establece un proceso de Inspección General e indica que este es el conjunto de actividades de verificación y observación que no requieren pruebas técnicas para la determinación de los datos o hechos a ser informados, y que además esta etapa incluye el ejercicio de todas las atribuciones y deberes necesarios para atender funciones como: “ a) La comprobación y control del cumplimiento de la normativa vigente. La inspección podrá requerir el inicio del procedimiento administrativo sancionador (...)”⁸¹ Esto nos llevaría a pensar, que si el funcionario instructor tal y como debería funcionar en cumplimiento a la Ordenanza realiza un operativo de control al verificar el cometimiento de contravención flagrante, deberá aperturar y notificar al administrado en ese momento con un auto de inicio estableciendo como antecedente y motivación una situación de flagrancia, pero más adelante veremos que no sucede así en todos los casos.

De manera específica al referirse al procedimiento administrativo sancionador la Ordenanza Metropolitana No. 321 nos indica que los funcionarios decisores, es decir, los antes llamados Comisarios serán quienes resolverán acerca de la comisión de la infracción e impondrán las sanciones administrativas. Quiere decir entonces, que los funcionarios instructores serán quienes verificarán el cometimiento de una contravención administrativa y comunicaran al funcionario decisor sobre la misma para que esta resuelva sobre el caso

⁸⁰ JUAN CARLOS CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1998, p.569.

⁸¹ ORDENANZA METROPOLITANA NO. 321. Que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Sancionada el 18 de octubre del 2010.

una vez que hayan recopilado toda la información que le permita motivar una decisión al funcionario decisor.

Esto se sustenta en el artículo 19 de la Ordenanza Metropolitana No. 321 al indicarse que los procedimientos administrativos sancionadores empezarán con un auto motivado de iniciación de la instrucción emitido por el funcionario instructor de la Agencia Metropolitana de Control. Sin embargo, al referirse a las infracciones administrativas flagrantes se señala que el auto motivado se incorporará en una boleta, adhesivo o cualquier otro instrumento disponible que se entregará al presunto infractor o se colocará en el objeto u objetos materia de la infracción. De esto se desprende entonces, que en las infracciones administrativas flagrantes no cabe aplicar el proceso de inspección general y entregar una acta de verificación que me lleve a la apertura posterior de una auto de inicio, sino más bien de manera directa al verificarse la situación de flagrancia el funcionario instructor procederá a entregar el auto de inicio de proceso motivando dicha condición, se otorga cinco días hábiles para contestar y se establecerá la necesidad de realizar el depósito en garantía equivalente al valor de la multa.

Siguiendo cada una de las etapas del procedimiento administrativo sancionador la Ordenanza Metropolitana No. 321, hace relación a la etapa de sustentación y prueba indicándonos que:

Art.... (20) de la Sustentación y Prueba.-

1.- Con la contestación del presunto infractor o en rebeldía, si hubiere hechos que deban probarse, se dará apertura al término probatorio por diez días calendario, vencido el cual, el expediente será remitido al funcionario decisor, para que se dicte resolución motivada.

2.- Sin embargo, *en todos los casos de infracciones administrativas flagrantes para que el instructor de trámite a la contestación del presunto infractor, este deberá depositar el monto que corresponda a la sanción pecuniaria en garantía del resultado del procedimiento sancionador, en el lugar y modo establecido por la Agencia Metropolitana de Control.* [La cursiva me pertenece]

3.- En el caso de *infracciones administrativas flagrantes la falta de contestación del presunto infractor o la falta de depósito en garantía se considerará como allanamiento a los hechos*

imputados por lo que en el evento de que el infractor no hubiere contestado en tiempo y modo, el instructor remitirá el expediente al funcionario decisor para la emisión de la resolución correspondiente y su ejecución. [La cursiva y el subrayado me pertenecen]⁸²

De estos artículos antes mencionados se desprenden las etapas del procedimiento administrativo, que de igual manera están establecidas en el artículo 401 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, es decir, que el procedimiento administrativo iniciará mediante auto motivado al cual el presunto infractor deberá contestar y luego en contestación o en rebeldía establece el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización y la Ordenanza Metropolitana No. 321 se deberá aperturar el término probatorio para luego emitir una resolución motivada.

Sin embargo, el artículo 20 de la Ordenanza Metropolitana No. 321 hace una distinción cuando se refiere a las infracciones administrativas flagrantes, señalando que en estos casos, para que el funcionario instructor de trámite a la contestación del presunto infractor, este deberá depositar un valor en garantía correspondiente al resultado del procedimiento administrativo, en el lugar y el modo que establezca la Agencia de Control, indicándose también que la falta de depósito en garantía se considerara como allanamientos a los hechos imputados.

Lo primero que debemos establecer y tener claro es cuales serían los casos que hacen relación a las infracciones administrativas flagrantes que se señalan en la Ordenanza Metropolitana No. 321, y que se convierten en la condición para un trato diferenciado en el procedimiento, sin embargo, la normativa municipal se refiere a esta situación de flagrancia de manera general sin señalar siquiera las características que deberían verificarse al momento de realizar el control por parte del funcionario instructor para determinar que se está o no verificando una situación de flagrancia. Esto nos permite entender, que el funcionario instructor deberá verificar el estado de flagrancia bajo parámetros generales establecidos en el Código Integral Penal, es decir, que la flagrancia

⁸² ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 20 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

se da cuando una persona comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión.

Otro punto importante a analizar se da luego de la verificación de la situación de flagrancia, de donde surge el cumplimiento de la condición de obligación de realizar un depósito en garantía para que se dé trámite a la contestación al auto de inicio de proceso. Esta condición nos lleva a revisar lo establecido por la normativa nacional vigente en cuanto a las garantías, por lo que es pertinente realizar un análisis de manera profunda en el último capítulo de este trabajo. Sin embargo, previo a dicha revisión es importante justificar su procedencia, y revisar lo establecido en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización:

Artículo 401.- Procedimiento.-

*(...)Para asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiera imponerse, las autoridades competentes podrán adoptar medidas provisionales de conformidad con lo previsto en este Código. La cursiva y el subrayado me pertenecen]*⁸³

Este artículo referente a las partes que contendrá y a como se desarrollará el procedimiento administrativo, en su parte pertinente establece que para asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiera imponerse, la autoridad competente podrá adoptar una medida provisional. Es decir, surge la posibilidad de poder imponer en el desarrollo del procedimiento medidas que tengan la finalidad aseguradora de la eficacia de la resolución que se emite el final del procedimiento.⁸⁴

Posibilidad que es ratificada nuevamente por el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, al referirse a la potestad sancionadora, donde señala de manera más clara que en casos de contravenciones flagrantes, se podrán emplear medidas provisionales y cautelares de naturaleza real para asegurar la inmediación del presunto infractor:

⁸³ CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 401. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

⁸⁴ Cfr., TARDÍO PATO JOSÉ ANTONIO. "Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo". Universidad Miguel Hernández de Elche, pp. 116-117.

Artículo 395.- Potestad sancionadora.-

Los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno, ejercen la potestad sancionadora en materia administrativa. (...) *En casos de infracción flagrante, se podrán emplear medidas provisionales y cautelares de naturaleza real para asegurar la inmediación del presunto infractor*, la aplicación de la sanción y precautelar a las personas, los bienes y el ambiente. [La cursiva y la negrilla me pertenecen]⁸⁵

A pesar de que en este artículo se habla de la posibilidad de emplear medidas provisionales y cautelares, es necesario precisar, que la doctrina estipula que las medidas calificadas como provisionales también pueden adjetivarse como cautelares. Siendo así, sería necesario calificar lo que se considera como medidas provisionales o cautelares reales, para poder determinar de igual manera si el depósito en garantía es una medida provisional o cautelar real, ante lo cual es importante analizar lo señalado por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización:

Artículo 390.- Medidas provisionales.- El órgano administrativo competente, de oficio o a petición de parte, *en los casos de urgencia, por razones de orden público o para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas provisionales* correspondientes en los supuestos previstos en la normativa correspondiente.

Las medidas provisionales *deberán ser confirmadas, modificadas o extinguidas cuando se inicie el procedimiento administrativo que corresponda*, el cual deberá efectuarse, como máximo, dentro de los diez días siguientes a su adopción.

Dichas medidas provisionales quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o si, al iniciar el procedimiento, no se contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o *que impliquen violación de derechos fundamentales*. (...) ⁸⁶ [La cursiva y la negrilla me pertenecen]

⁸⁵ CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 395. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

⁸⁶ CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 390. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

La Ordenanza Metropolitana No. 321 en relación al tema hace referencia lo siguiente:

Art. 22.- Medidas cautelares.-

1.- Cuando sea necesario para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer o cuando concurran circunstancias que afecten a la seguridad de las personas, los bienes o el ambiente, o que supongan peligro o daño manifiesto, ***podrá resolverse cautelarmente, tanto en la resolución de inicio de la instrucción como durante su instrucción, entre otras medidas, el retiro y depósito de los bienes, materiales y objetos materia de la infracción, la clausura inmediata del establecimiento o suspensión de la actividad o actuación,*** durante el tiempo necesario para la subsanación de los defectos existentes y como máximo hasta la resolución del procedimiento administrativo, en la que se deberá confirmar o revocar las medidas adoptadas.⁸⁷
 [La cursiva y negrilla me pertenece]

De estos artículos que nos anteceden, es relevante mencionar que ninguna medida provisional que se aplique violara derechos fundamentales, es decir, se deberá cumplir con todos los derechos, principios y garantías establecidos en nuestra Constitución; referente que no se estaría cumpliendo cuando se establece una condición de acceso a la justicia administrativa por lo que la norma antes mencionada sería inconstitucional.

Por último y en relación al análisis que venimos haciendo del artículo 20 antes mencionado, es claro también al determinar que incluso quién es encontrado cometiendo una contravención flagrante es considerado como un *posible infractor*, por lo que al igual que cualquier administrado tiene todo el derecho a defenderse y a una tutela administrativa efectiva como lo hemos llamado en este trabajo, sin embargo, esto no sucede ya que para estos casos hay un tratamiento diferenciado en la Ordenanza Metropolitana No. 321 para poder acceder a la justicia administrativa y por ende a su derecho de defensa y es la realización de este depósito en garantía. Lo que sin duda, de manera inmediata nos lleva a pensar que pasaría en los casos en que el administrado, a quién vuelvo a recordar la misma Ordenanza considera como *presunto infractor*, no ha realizado dicho depósito en garantía porque no tiene como hacerlo, y la respuesta la hemos sustentado, el administrado no podría acceder a la justicia administrativa y por ende tampoco tendría derecho a defenderse.

⁸⁷ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 22 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

Por lo que es importante recordar nuevamente lo señalado en el acápite relacionado a la flagrancia, y es que la distinción entre la situación de flagrancia y la que no lo es, está dada al momento de control, donde el funcionario instructor será quién verifique dicha situación de flagrancia y notifique de manera inmediata al posible contraventor flagrante. Lo que sucede en cambio en los casos de contravenciones no flagrantes es que el inspector general es quién realiza la inspección general pero emite un acta de verificación y control para luego remitir al funcionario instructor. Ante lo cual hay que tomar en cuenta que en ambos casos el posible contraventor flagrante como el posible contraventor goza de la presunción de inocencia y del derecho a ejercer su defensa dentro del procedimiento administrativo sancionador.

3.5.- Análisis de Casos Prácticos de las Comisarias Metropolitanas

Como parte de este trabajo analizaremos varios casos en lo que podremos ver cómo se desarrollan los procedimientos administrativos sancionadores dentro del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, para lo cual hemos tomado varios expedientes que nos puedan permitir realizar este análisis:

1.- Comisaria Metropolitana de Ambiente de la Zona Norte del Distrito Metropolitano de Quito: En cumplimiento a lo establecido en la Ordenanza Metropolitana No. 321 para las infracciones administrativas flagrantes establecidas en la Ordenanza, las Comisarias de Ambiente crearon las llamadas “boletas verdes” que eran entregadas a los infractores flagrantes que incumplían con la Ordenanza Metropolitana No. 0332 referente a la Gestión Integral de Residuos Sólidos en el Distrito Metropolitano de Quito o 201 referente a la Convivencia y Seguridad Ciudadana.

Datos del Expediente Administrativo Sancionador:

Expediente: 1564-EP-2013

Denunciado: Moreira Zambrano Cristian Humberto

Denunciante: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito

Ubicación: Ave. Río Coca E11-112 y de los Colines

Actuaciones realizadas por la Comisaría Metropolitana en vigencia de la Ordenanza Metropolitana No. 321

- ❖ El 07 de julio del 2013, la Policía de Ambiente o Policía Verde realiza a pedido del funcionario decisor un operativo de control de espacio público en el sector de la Río Coca verificando que el administrado tenía ubicado un rotulo publicitario en el frente de su acera, por lo que la Policía Ambiental procede a entregar un Auto Motivado de Instrucción de Procedimiento Administrativo Sancionador No. 0011016, determinándose en el mismo una contravención flagrante por el uso/ocupación indebido del espacio público, en el cual se le concede el término de 05 días para que de manera fundamentada y por escrito presenten su defensa o se allane a los hechos imputados.

De igual manera, se establece de manera textual lo siguiente:

Tratándose de una infracción administrativa flagrante, para que se dé trámite a su contestación, deberá depositar el monto que corresponda a la sanción pecuniaria de la garantía del resultado del procedimiento sancionador, en las ventanillas de recaudación de las Administraciones Zonales (la cursiva me pertenece)⁸⁸

- ❖ Con fecha 15 de octubre del 2013 se emite Resolución No. 0001802-2013, con una multa de cien dólares

Normativa Legal infringida:

- Ordenanza 201, artículo II... (58)

Contravención: Uso Indebido de espacios públicos.- El uso de espacios públicos sin la correspondiente autorización, o que rompa las prohibiciones que se establecen al respecto, será sancionado con una multa de cien dólares, que se duplicará en caso de reincidencia, y con la demolición de cualquier construcción que se hubiere realizado en bienes de dominio

⁸⁸ Tal y como establece la Ordenanza Metropolitana No. 321, en este caso se establece la forma en la cual se deberá realizar dicho depósito, indicándose que deberá hacerse a través de las ventanillas de la respectiva Administración Zonal.

público, sin contar con la correspondiente autorización.

Al revisar este expediente, podemos observar varios temas a analizar: el primero es que el funcionario que firma las boletas verdes con el auto de inicio de proceso sustentado en una contravención flagrante es el funcionario decisor más no el funcionario instructor tal y como establece la normativa municipal; como segunda observación que surge en este caso es que no hay una verificación por parte del funcionario instructor de una situación de flagrancia, porque simplemente no interviene en el procedimiento. Quién hace la verificación de la posible contravención es un policía ambiental, y por ende procede a entregar dicha notificación.

A la suma de estas observaciones, que podrían determinar incluso la nulidad del proceso, es importante añadirle una observación en cuanto a la resolución que se obtiene en el procedimiento administrativo sancionador. La llamada “boleta verde” de manera expresa establece que para que se trámite a la contestación del auto de inicio de proceso, el administrado deberá depositar el monto que corresponda a la sanción en garantía; estableciéndose de manera textual que este monto en garantía sea depositado en las ventanillas de cualquiera de las Administraciones Zonales, lo que nos permite entender que la única forma para realizar este depósito en garantía es a través de ventanilla con dinero en efectivo u otro medio de pago que permita la administración. En este caso, es fácil ver lo que en la práctica sucede en la mayoría de los casos: el administrado prefiere no depositar dicho valor en garantía para poder acceder a su derecho de defensa, y esto se genera por varias razones como el tener que evitarse el proceso de solicitar se genere el título de crédito para realizar el depósito en garantía, la poca seguridad que tienen de que la administración analice su caso respetando su presunción de inocencia y simplemente se catalogue que su situación de flagrancia le obliga a tener un resultado de contraventor flagrante, o simplemente porque sabe que en la práctica es a al a quién le corresponde demostrar su inocencia sin que se cumpla el precepto de que es la administración quién deba demostrar su culpabilidad y al no tener pruebas que le permitan defenderse y demostrar su inocencia ,por ende prefiere no seguir el proceso.

2.- Comisaria Metropolitana de Construcciones de la Zona Norte del Distrito Metropolitano de Quito: En estos caso he tomado varios expedientes administrativos uno

del año del 2011 en donde se encontraba recientemente vigente la Ordenanza 321, un expediente del año 2013 que nos permite ver diferentes análisis y aplicación de la Ordenanza por parte de los funcionario del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y uno del 2015 en donde podemos evidenciar la aplicación del monto a garantía a depositar cuando la normativa determina un mínimo y máximo como posible sanción:

- Datos del Expediente Administrativo Sancionador:

Expediente: 7-2011

Nombre del Establecimiento: Hook Club

Denunciado: Pablo David Andrade Coello.

Denunciante: Remigio Solano Pazmiño

Ubicación: Av. Amazonas N-41-211 e Isla Tortuga.

Actuaciones realizadas por la Comisaría Metropolitana en vigencia de la Ordenanza Metropolitana No. 321

- ❖ El 14 de octubre del 2011, la Comisaría de Construcciones en un operativo de control realizado al establecimiento, verifica que el mismo realiza una actividad distinta a la especificada en la Lincencia Única de Funcionamiento, por lo que la funcionaria decisora procede a suspender las actividades como una medida cautelar pero lo hace a través de una Acta de Clausura en el cual se le concede el término de 05 días para que de manera fundamentada y por escrito presenten su defensa.
- ❖ Con fecha 26 de octubre del 2011, se abre el término de prueba por diez días y se mantiene la clausura del establecimiento.
- ❖ Con fecha 28 de noviembre del 2011 se emite Resolución No. 072-2011, con una sanción al establecimiento.

Normativa Legal infringida:

- Ordenanza 255, articulo 123. (Ordenanza actualmente derogada)

Contravención: c) Inmueble destinado a actividades prohibidas.- El propietario y los arrendatarios que destinen un predio o una edificación a actividades prohibidas, o que se

encuentren permitidas con requerimientos específicos y no hayan cumplido con estos, serán sancionados con una multa equivalente al doce y medio por ciento (12,5%) de la remuneración básica unificada y se ordenará la clausura inmediata del local.

Al revisar este expediente podemos verificar que a pesar de estar vigente la Ordenanza Metropolitana No. 321, la el funcionario decisor en sus operativos de control no procede a entregar un auto de inicio de proceso estableciendo una contravención flagrante. Lo que se procede a realizar es la suspensión del establecimiento como una medida cautelar a través de un Acta de Clausura, para luego dicha medida ser ratificada en el Auto de Inicio de Proceso.

Incluso al aperturar el Auto de Inicio de Proceso, la funcionaria decidora no establece la existencia de una contravención flagrante, simplemente lo apertura siguiendo el procedimiento común, y le otorga al posible infractor cinco días para que conteste de manera fundamentada los hechos imputados tal y como establece la Ordenanza No. 321 y el Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Posterior a esto con la contestación se da aperturar el término probatorio y se emite una resolución motivada.

Lo que nos lleva a analizar, por qué no se realizó en dicho operativo de control la aplicación de la Ordenanza No. 321, es decir, que el funcionario instructor verifique el cometimiento de una contravención flagrante, suspenda la actividad mediante un Auto que determine la existencia de una contravención flagrante y por ende determine el depósito en garantía a realizar por parte del administrado.

Como se puede evidenciar, hay una aplicación distinta de lo establecido en la Ordenanza Metropolitana No. 321, ya que quién hace la verificación y control no es el funcionario instructor o el funcionario inspector, sino el funcionario decisor. Como hemos visto su competencia se basa únicamente en decidir sobre los hechos imputados una vez que así lo solicite el funcionario instructor, más no realizar inspecciones o iniciar procedimientos administrativos, por lo incluso estaríamos hablando de una nulidad en el procedimiento.

Lo que hago notar entonces, es que hay un error en la aplicación de la norma por parte del funcionario decisor primero en hacer un control, luego en iniciar un procedimiento. Sin embargo, se genera una inquietud en cuanto al procedimiento: ¿Depende de quién haga el control para determinar la existencia de una flagrancia o no? Es decir, si el funcionario inspector tiene la competencia de realizar controles, emitir actas de verificación y tomar

medidas cautelares para luego remitir al funcionario instructor es claro que no podría determinar una situación de flagrancia porque eso implica un inicio inmediato del procedimiento de competencia que él no tiene, y que tiene únicamente el funcionario instructor.

- Datos del Expediente Administrativo Sancionador:

Expediente: 251-2013

Nombre del Establecimiento: El Túnel Night Club

Denunciado: Delgado Azua Juliana Rocío

Denunciante: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito

Ubicación: Ave. Eloy Alfaro N55-25 y De los Fresnos.

Actuaciones realizadas por la Comisaría Metropolitana en vigencia de la Ordenanza Metropolitana No. 321

* El 15 de abril del 2013, la Comisaría de Construcciones en un operativo de control realizado al establecimiento, verifica que el mismo realiza sus actividades sin contar con la respectiva Licencia Única de Funcionamiento por lo que en este caso el Funcionario instructor General a emitir un Acta de Verificación encasillada en el cometimiento de una contravención flagrante por no poseer Licencia Única de Funcionamiento, ordenando la clausura del establecimiento y la obligación de acercarse a la Comisaria Metropolitana.

* Con fecha 29 de abril del 2013, dicta auto de inicio de proceso en contra del administrado por el cometimiento de una contravención flagrante y se concede el término de cinco días para que se contesten de manera fundamentada los hechos imputados.

* Con fecha 29 de mayo del 2013 se apertura el término de prueba por diez días

* Con fecha 20 de junio del 2013 se emite Resolución No. 225-2013

Normativa Legal infringida:

- Ordenanza 172, Disposición transitoria segunda, letra f, numeral 1 y 2, literal g). (Ordenanza actualmente derogada)

Contravención: Disposición Transitoria.- Segunda.- Mientras se expida el Título “De las Infracciones y Sanciones”, dentro del Régimen Administrativo del Ejercicio de las Potestades Sancionadoras en el Distrito Metropolitano de Quito, las infracciones y sanciones en materia de territorio, hábitat y viviendas (habilitación y edificación), se sujetará al siguiente régimen:

F.- De otras Infracciones y Sanciones Administrativas en materia de Habilitación y Edificación.-

1.- Constituyen infracciones administrativas muy graves, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier orden que pudieran derivarse de las mismas, las siguientes:

a) El propietario y los arrendatarios que destinen un predio o una edificación a actividades prohibidas, o que se encuentren permitidas con requerimientos específicos y no han cumplido con estos (Inmueble destinado a actividades prohibidas)

2.- En los casos de las infracciones previstas en el numeral anterior, aquellas serán sancionadas con la aplicación de una multa del 12,50% hasta el 125% de la remuneración básica unificadas. (...)

En este caso es importante recalcar, que a pesar de que tanto el funcionario instructor como el funcionario decisor establecen la existencia de una contravención flagrante, al aperturarse el auto de inicio de proceso no se establece la obligación de realizar el depósito en garantía. Es claro, que por alguna razón el funcionario instructor y el funcionario decisor no aplicaron lo establecido en la Ordenanza Metropolitana No. 321, razón que podría estar dirigida a no saber cual sería el valor a considerar como depósito en garantía. Recalcando nuevamente, que es un error de aplicación de la norma por parte de los funcionarios tanto instructor como decisor, o como mencione simplemente no se aplico por no saber bajo que parámetros aplicar el monto en garantía.

- Datos del Expediente Administrativo Sancionador:

Expediente: 005-2015

Nombre del Establecimiento: El lobo viejo

Denunciado: Neumeister Santillán Christian Andrés

Denunciante: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito

Ubicación: Ave. Amazonas No.35-137 y Corea

Actuaciones realizadas por la Comisaría Metropolitana en vigencia de la Ordenanza Metropolitana No. 321

* El 07 de enero del 2015, el funcionario instructor de la Unidad de Bienes Inventariados y Turismo, en un operativo de control notifica al administrado con el Auto de Inicio de Instrucción de Flagrancia de Procedimiento Administrativo, en el cual se señala como infracciones verificadas IN SITU la establecida en el numeral 9 del art. 38 de la Ordenanza 276.

* Con fecha 14 de enero del 2014, el administrado presenta un escrito de contestación.

* Con fecha 19 de enero del 2015, se emite la providencia No. 021-UBIT-VPVA-2015, mediante la cual el funcionario instructor dispone en su parte pertinente: “2.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del Art. 20 de la Ordenanza Metropolitana No. 0321 *se dispone la elaboración de la correspondiente orden de consignación como garantía del resultado del procedimiento sancionador* por un monto total de 1000 USD (UN MIL DÓLARES AMÉRICANOS), correspondiente al valor en garantía de: a) Por la presunta infracción determinada en la Ordenanza Metropolitana No. 276(...); 3.- Se le advierte a la parte administrada que *una vez se demuestre documentadamente* en el término de tres días, a partir del día siguiente de su notificación, *el cumplimiento del depósito en consignación*, se dará trámite al escrito de contestación presentado por parte del administrado, caso contrario se remitirá el expediente al funcionario decisor para la emisión de la resolución correspondiente (...)”

* Con fecha 02 de febrero del 2015 se emite Resolución No. 2015-037 resolviendo lo siguiente: “Cuarto.- Se declara infractor al señor Neumeister Santillán Cristian Andres (...).Quinto.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 numeral 9 (...) y en concordancia con el artículo 42 de la Ordenanza Metropolitana No. 276, al señor titular del establecimiento EL LOBO VIEJO (...) se le impone la multa de mil dólares de los Estados Unidos de América. Sexto.- En razón de que la orden de consignación No. 196 de fecha 19 de enero del 2015 por el valor de mil dólares , ha sido cancelada con depósito a

consignación(..); se solicita a Quito Turismo, que haga efectivo el valor consignado por concepto de multa impuesta(...)

Normativa Legal infringida:

- Ordenanza 276, Art. 38 numeral 9

Art. (38)Infracciones graves.- Se consideran infracciones graves (...). **9.-** El incumplimiento de la normativa vigente en materia sanitaria, sobre prevención de incendios y de seguridad de las personas e instalaciones y bienes.

Art. 42.- Sanciones por infracciones graves.-De acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Turismo, las infracciones calificadas como graves y que constan en los numerales 7 y 8 del artículo que las define como tales, serán sancionadas con una multa de cien a doscientos dólares de los Estados Unidos de América. En los demás casos de infracción calificadas como graves se aplicará una multa de mil a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (...)"

Estos dos expedientes nos permiten ver y analizar una de las observaciones que he venido realizando durante mi trabajo de tesis y es qué sucede en el caso de que el valor a depositar en garantía equivalga a un mínimo o máximo del resultado de la multa. En el primer caso, podemos ver que al entregarse el Acta de Verificación resultado del operativo de control únicamente se establece el cometimiento de una contravención flagrante y se suspende las actividades del establecimiento. Sin embargo, al dictarse el auto de inicio de proceso y establecerse nuevamente el cometimiento de una contravención flagrante la funcionaria decisora (No el funcionario instructor como establece la Ordenanza Metropolitana No. 321) no determina cual será el valor a depositar en garantía. En cambio, el segundo caso es claro al determinar que al existir una contravención flagrante es necesario realizar el depósito en garantía, determinando el funcionario instructor, no sabemos bajo que parámetros que el monto a depositar corresponderá al mínimo de la posible multa.

Estos lineamientos establecidos por la Comisaria sin duda deberían generar una duda al administrado y es: ¿Cuál es el valor que deberá depositarse en garantía considerando que las Ordenanzas Metropolitanas establecen mínimos y máximos como posibles multas? Lo que de manera inmediata me lleva a pensar que esa respuesta deberá ser dada por la

administración, pero si la Ordenanza Metropolitana No. 321 y el COOTAD establecen que para emitir una decisión sobre una sanción estará deberá ser de manera motivada me surge una nueva pregunta y es ¿Qué sucede cuando la administración establece un mínimo o un máximo a depositar en garantía? ¿Bajo que parametros realice este análisis?

Esto me permite seguir sustentando la violación a derechos constitucionales del administrado como es el acceso a la justicia administrativa y por ende el derecho a la defensa, ya que además de tener que depositar un valor en garantía equivalente al resultado de la multa para que se de tramite a su contestación, este deberá esperar en casos como este que la administración determine si imponer un mínimo o máximo de deposito en garantía, corriendo el riesgo de que al momento de resolver de manera motivada que su decisión no fue la correcta.

Como mencione anteriormente, el problema no radica en el mínimo o máximo de depósito en garantía, sino en la exigencia como tal que se hace de este depósito en garantía como requisito previo para que el instructor le de paso a mi contestación en calidad de infractor flagrante. Sin embargo, cuando hay estos parametros es importante recalcar la necesidad de poder saber cual será el parametro que se me establecerá y sobre todo bajo que motivación se esta decidiendo uno u otro valor como posible multa. Lo que se suma a que al imponer el máximo de la multa como posible contravención y por ende como el valor en garantía a depositar mi derecho a la defensa se ve aun mas limitado.

Finalmente, es importante recalcar que en el caso de que el funcionario decisor, establezca la culpabilidad del contraventor flagrante este depósito en garantía se ejecuta y se convierte en el pago de la misma. Pero a la vez, para que el contraventor flagrante pueda presentar algún tipo de recuso, la Ordenanza Metropolitana No. 321 es clara en señalar que:

Art. 27.- Recursos.- El administrado tendrá derecho a los recursos previstos, en el ordenamiento jurídico metropolitano y nacional frente a las decisiones de las autoridades administrativas.

Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones en los procedimientos administrativos sancionadores, *únicamente se dará trámite a los recursos administrativos propuestos en los que se justifique la consignación de los montos correspondientes a las sanciones pecuniarias en garantía del resultado procedimiento administrativo.* En los recursos en los que no se hubiese justificado la referida garantía se considerarán como no interpuestos, sin perjuicio del derecho del administrado a acudir

en tiempo oportuno a la jurisdicción contenciosa administrativa en defensa de sus intereses.⁸⁹

Debería entenderse, que si el contraventor flagrante decide establecer un recurso administrativo, el depósito en garantía que hizo durante el procedimiento administrativo, se convertirá la consignación requerida para que se dé trámite a su recurso. Lo que nos lleva a entender que el depósito en garantía y la consignación no son lo mismo; lo cual analizaremos con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

⁸⁹ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 27 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

CAPÍTULO IV

EL AFIANZAMIENTO Y EL SOLVE ET REPETE

4.1.- La Garantía

Como se ha establecido en el desarrollo de este trabajo, para que se de paso a la contestación de los presuntos contraventores flagrantes dentro del procedimiento administrativo sancionador, se debe realizar de manera previa un depósito en garantía equivalente al resultado de la multa en dicho procedimiento, por lo que es necesario realizar un análisis sobre lo que la garantía implica.

GUILLERMO CABANELLAS establece en cuanto a la garantía que esta es un “afianzamiento, fianza, prenda, caución, obligación del garante, cosa dada en garantía”⁹⁰.

⁹⁰ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. *Garantía* <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas> (acceso: 20-04-2015)

De igual manera, el Diccionario de la Real Academia Española señala que la garantía es “1. Efecto de afianzar lo estipulado, 2. Fianza, prenda, 3. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.” Se puede establecer entonces que una garantía se manifiesta de varias formas en representación de la obligación que existe por parte del garante donde la finalidad es proteger algo de algún riesgo existente.

El autor JORGE MACHADO, en la Revista de Apuntes Jurídicos establece que una garantía es “una institución de Derecho Público de seguridad y protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos.” Como vemos esta garantía tiene un fin que es proteger algo que está en riesgo, que en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores se resume en el cumplimiento del pago de una posible sanción por parte del contraventor flagrante. Tal como y se establece en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en los procedimientos administrativos y de manera específica en los casos de contravenciones flagrantes se podrán establecer medidas cautelares o provisionales, de manera real que tal y como se establece en la Ordenanza Metropolitana No. 321 para estos casos se referirá a un depósito en garantía.

Por lo que, es importante revisar cuando una medida es de naturaleza real y cuando de naturaleza personal, para así poder determinar que este depósito en garantía cumpla con lo establecido en la normativa y ser de naturaleza real. Autores como ARTURO ALESSANDRI Y OTROS establecen que:

Son derechos reales aquellos que creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, son por esto mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino frente y contra todos.⁹¹

De igual forma, el mismo autor de manera inmediata establece que un derecho personal “es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una prestación” Verificándose así, que el depósito en garantía cumple con la finalidad

⁹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Afianzar*. <http://lema.rae.es/drae/?val=allanamiento> (acceso: 17-12-2014)

⁹¹ ARTURO ALESSANDRI R., MANUEL SOMARRIVA U. Y ANTONIO VODANOVIC H. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. pp. 53-54

de ser una medida provisional de naturaleza real, lo que no significa que como tal su aplicación en estos casos no sea violatoria a derechos constitucionales.

4.2. Naturaleza de la obligación de afianzamiento

Como definimos anteriormente una de las formas de la garantía es el afianzamiento, por lo que tal y como lo establece el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA la palabra afianzamiento proviene de “afianzar”, a la cual define como “Dar fianza por alguien para seguridad o resguardo de intereses o caudales, o del cumplimiento de alguna obligación”⁹² De igual manera, GUILLERMO CABANELLAS define al afianzamiento como el “Acto jurídico en virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación, constituyendo el efecto de una fianza”⁹³. Lo que determina de manera simple que el afianzamiento busca garantizar el cumplimiento de una obligación, analizando así, que el afianzamiento se aplicaría una vez establecida una obligación para el administrado. En los procedimientos administrativos sería una vez emitida la resolución administrativa en donde se determina una sanción para el contraventor, lo que a primera vista permitiría justificar el porqué del requerimiento de la consignación del monto correspondiente a la sanción pecuniaria como requisito para acceder a un recurso administrativo, mas no el requerimiento de realizar un deposito en garantía que se realiza dentro del procedimiento donde aún no existe la determinación del cumplimiento de una obligación.

El afianzamiento previsto en nuestro Código Tributario fue introducido por el Artículo 7 de la Ley Reformatoria de la Equidad Tributaria a continuación del Artículo 233 del Código Tributario como un artículo innumerado que establece:

Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser

⁹² *Id.*, Garantía

⁹³ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Afianzar, <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas> (acceso: 20-12-2014)

*depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.*⁹⁴ [La cursiva me pertenece]

Explicando este mismo artículo en su inciso segundo que:

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.

*El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituye.*⁹⁵ [La cursiva me pertenece]

Si analizamos este artículo, podemos notar que esta caución o garantía que se solicita es un requisito para la calificación de la demanda ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, es decir, se interpone esta demanda ante la presentación de una acción o recurso sobre un acto determinativo o procedimiento de ejecución. El valor que deberá entregarse en caución o garantía equivaldrá al 10% de la cuantía demandada en razón de caución para las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todo acto en que la administración tributaria prevea la recaudación de tributos; a diferencia de lo que sucede en los procedimientos administrativos donde tanto para acceder a un recurso administrativo como

⁹⁴ LEY REFORMATORIA A LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR, Artículo innumerado. Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007.

⁹⁵ LEY REFORMATORIA A LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR, Artículo innumerado. Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007.

para que el funcionario instructor le de paso a mi contestación como posible contraventor se deberá depositar en garantía el resultado total del valor de la multa.

Siendo importante resaltar que si el sujeto pasivo obtiene un resultado negativo, el dinero por concepto de afianzamiento formará parte de la determinación tributaria impuesta y, si el sujeto pasivo obtiene un resultado positivo dicho anticipo será devuelto con los respectivos intereses, una diferencia más de lo ocurrido con los procedimientos administrativos, donde de resultar favorable para el administrado el recurso, el depósito en garantía se devolverá únicamente en un título de crédito equivalente al valor entregado en garantía, a pesar de que el administrado hizo el mismo en las ventanillas municipales con dinero en efectivo, tal y como lo solicita la Agencia Metropolitana de Control, a lo que se suma que este título de crédito no tendrá suma alguna por un generación de intereses.

Como una adición al análisis realizado sobre el artículo 7 del Código Tributario, y lo que sucede en los casos de contravenciones flagrantes establecidos en la normativa municipal, es importante recalcar que el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización es claro al establecer que en casos de infracción flagrante, se podrán emplear medidas provisionales y cautelares de naturaleza real para asegurar la inmediación del presunto infractor, sin embargo, en el ámbito tributario esta medida puede ser de naturaleza real o personal. Aunque en ambos casos el depósito en garantía y la obligación de afianzamiento son de naturaleza real, es importante recalcar que en su aplicación estas violentan un derecho fundamental como es el acceso a la justicia que en el caso de procedimientos administrativos se refiere a la justicia administrativa.

Siguiendo con el análisis del afianzamiento en el ámbito tributario, el artículo 248 del Código Tributario referente a la cesación de las medidas cautelares, señala que para hacer cesar las mismas que se hayan previsto para procedimientos de ejecución o trámite contencioso-tributario, debe realizarse un afianzamiento que cubra el valor principal, intereses y un 10% adicional por intereses a devengarse y costas⁹⁶. Es decir, para cesar las

⁹⁶ Artículo 248 del Código Tributario Cesación de medidas cautelares: Afianzamiento.- Para hacer cesar las medidas cautelares que se ordenen en procedimientos de ejecución o en el trámite de la acción contencioso - tributaria, deberá afianzarse las obligaciones tributarias por un valor que cubra el principal, los intereses causados hasta la fecha del afianzamiento y un 10% adicional por intereses a devengarse y costas, por uno cualquiera de los siguientes modos:

1. Depositando en la cuenta bancaria que señale el Consejo de la Judicatura en dinero efectivo, o en acciones de compañías nacionales, bonos y más efectos fiduciarios, emitidos en el país, previa certificación de su cotización por la Bolsa de Valores;

medidas cautelares el administrado ya no tendrá únicamente que pagar el 10% de la cuantía demandada sino que el valor sube hasta cubrir el valor principal, intereses y un 10% adicional por intereses a devengarse, lo cual puede ser una erogación importante para el administrado para acceder a requerir la cesación de las medidas cautelares.

Como vemos el Código Tributario nos plantea dos opciones en cuanto a la aplicación del afianzamiento: la primera se refiere a la necesidad de establecer una caución o garantía para presentar una demanda ante el Tribunal Distrital Fiscal sobre un acto determinativo o un procedimiento de ejecución, es decir para presentar una acción o recurso. Pero también nos habla de una segunda aplicación de esta caución o garantía para el cese de medidas cautelares que haya sido interpuestas al ciudadano.

Con estos dos supuestos es necesario poder hacer una diferenciación de lo que sucede en la Ordenanza Metropolitana No. 321, donde el depósito en garantía es establecido como requisito para poder acceder a un recurso administrativo y para que el instructor de trámite a su contestación en caso de contravenciones flagrantes, estableciendo para ambos casos que el depósito en garantía es equivalente al resultado de la multa del procedimiento administrativo sancionador. Podemos evidenciar entonces, que no existe la opción de establecer una caución o garantía, para el cese de las medidas cautelares, ya que estas únicamente se mantendrán durante el tiempo necesario para la subsanación de los defectos existentes y como máximo hasta la resolución del procedimiento administrativo, en la que se deberán confirmar o revocar. Sumándole a esto, que ambos casos se prevén valores fijos para realizar el trámite, sea el 10% de su cuantía o el valor que cubra el valor principal, más intereses y un 10% adicional, buscando muy probablemente la administración tributaria cubrir los intereses económicos que persigue o evitar que se generen gran cantidad de procedimientos.

2. Mediante fianza bancaria, otorgada por cualquiera de los bancos nacionales o sus agencias, o de los bancos extranjeros domiciliados o con sucursales en el país;

3. Constituyendo a favor del ente acreedor de los tributos, hipoteca o prenda agrícola, industrial o especial de comercio, con las formalidades que en cada caso exijan la ley o los reglamentos;

4. Mediante fianzas personales de terceros, cuando la cuantía de la obligación principal no exceda de cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América. En estos casos, no se aceptará constituir por cada fiador una garantía superior a ochocientos dólares de los Estados Unidos de América.

5. Mediante póliza de fidelidad, constituida por cualquier compañía aseguradora nacional; y,

6. En cualquier otra forma a satisfacción de la sala del tribunal que conozca del caso.

Lo que nos lleva a otro análisis y es establecer, ¿cuál es el fin que tiene la administración municipal al establecer la obligación de realizar un depósito en garantía en casos de contravenciones flagrantes? Y como resultado de este análisis se desprende que sería únicamente la recaudación y aseguramiento del valor de la multa, cuando el fin debería ser lograr disuadir al administrado para que a futuro no vuelva a cometer infracciones administrativas.

El Artículo 248 del Código Tributario establece también las formas en que se puede realizar el afianzamiento, señalando las siguientes medidas:

1. *Depósito en la cuenta bancaria del Consejo de la Judicatura en efectivo o acciones, bonos o efectos fiduciarios previa valoración.*
2. Fianza bancaria por cualquier banco nacional o extranjero con domicilio o sucursal en el país.
3. Constituyendo hipoteca o prenda agrícola, industrial o especial de comercio⁹⁷.
4. Fianzas personales si el valor no excede de US\$ 4000⁹⁸.
5. Póliza de fidelidad mediante cualquier compañía de seguros.
6. Otras formas a satisfacción por el tribunal que conozca el caso.
⁹⁹[La cursiva me pertenece]

Es decir, que las formas de presentar el afianzamiento son varias tanto en garantías reales como personales con ciertos requerimientos expresados en el Código Tributario; lo que genera una diferencia con los procedimientos administrativos ya que el Código Orgánico de Organización Territorial establece de manera clara que estas medidas provisionales serán únicamente de naturaleza real.

Bajo lo revisado anteriormente es importante resaltar y analizar lo dispuesto en la Resolución de la Corte Constitucional No. 30¹⁰⁰ que declara constitucional el artículo

⁹⁷ El artículo 249 del Código Tributario establece condiciones en el caso de presentar fianzas reales, como son que los bienes sean del deudor, que no pese embargo o prohibición de enajenar, así como también cubra el valor previsto en el Artículo 248 del Código Tributario.

⁹⁸ El artículo 250 del Código Tributario también establece condiciones en caso de presentarse fianzas personales, como acreditar la solvencia moral del garante, mediante certificados otorgados por dos personas connotadas del domicilio del deudor, su solvencia económica mediante certificados del Registro de la Propiedad para cubrir el valor del afianzamiento.

⁹⁹ Código Tributario. Artículo 248. Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14 de junio del 2005.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. *Resolución de la Corte Constitucional No. 30*, 2 de diciembre de 2010. Registro Oficial Suplemento 390 de 10 de enero de 2011. La consulta fue presentada a la Corte Constitucional en periodo de transición por los señores: Dr. Fernando Muga Jara, Ab. Andrés Piedra Pinto y Dr. Jorge Hernández Poveda, Jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República.

relativo al afianzamiento tributario. La consulta de constitucionalidad busca absolver si el Artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria, que reforma el Código Tributario, se encuentra en contradicción con la norma constitucional que establece el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, considerando que la norma exige que para ser calificada la demanda se presente una caución equivalente al 10% de la cuantía.

Del análisis se desprende que los accionantes consideran que la norma impugnada vulnera el acceso gratuito a la justicia, previsto en el Artículo 75 de la Constitución de la República. La Corte analiza que tanto la Constitución como la Convención Americana de Derechos Humanos garantizan el derecho de acceso a la justicia en el sentido de no interponer trabas o cargas injustificadas en torno a este derecho en contra del administrado. Detallando la Corte expresamente que:

(...) la exigencia del pago de la caución del 10%, previo a calificar la demanda, constituye una exigencia injustificada para acceder a la administración de justicia; es decir, constituye una limitante o traba que impide a los ciudadanos acudir a los jueces y tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. En ese orden de ideas, es claro que la exigencia de la caución del 10% no constituye un costo/gasto en perjuicio del administrado, ya que se trata de un valor restituible que se lo deposita a título de garantía. En tal virtud, lo que se ve afectado con la norma acusada no es la gratuidad en la administración de justicia, sino el acceso a los órganos que administran justicia¹⁰¹. [La cursiva me pertenece].

En consecuencia, para la Corte Constitucional no se está violentando el acceso gratuito a la justicia porque los valores garantizados, depositados o afianzados serán restituidos, sino que se está violentando el derecho a la justicia; sin embargo, si la propia Constitución de la República establece que para acceder a la justicia se lo hará de forma gratuita, el pago a pesar de que luego sea devueltos los valores podría poner en riesgo este principio y no únicamente el acceso a la justicia.

¹⁰¹ *Id.*, pp. 4-5.

La Corte aparte del derecho gratuito a la justicia, analiza la tutela efectiva, imparcial y expedita, indicando que se conoce este derecho como el “Derecho a la jurisdicción”, en que el administrado con las debidas garantías pueda acudir a un tribunal nacional o internacional para encontrar una solución a la controversia. Señalando que son parte de este derecho: i) el acceso a la justicia, ii) el desarrollo del proceso en un tiempo razonable (debido proceso) y, iii) la ejecución de la sentencia. En virtud de lo cual, la Corte Constitucional analiza y considera que en materia tributaria la tutela judicial efectiva tiene dos propósitos: “1.- Eliminar las trabas a la habilitación de la instancia jurisdiccional; y, 2.- Otorgar protección judicial real y efectiva. Estos propósitos se logran garantizando el acceso a la administración de justicia.¹⁰²”

Sin duda, estos propósitos no se cumplirían al momento de exigir un depósito en garantía en los casos de contravenciones flagrantes ya crea una traba al acceso de justicia administrativa, al imponer el cumplimiento de una condición personal, para que el instructor le dé trámite a mi respuesta del auto de inicio de proceso. Logrando así que el procedimiento administrativo deje de ser esa garantía con la cual debe contar el administrado para defenderse.

De igual forma, la Corte constitucional señala que “con dicha norma, el derecho a la tutela efectiva está fuertemente limitado, puesto que la no calificación de la demanda deriva de la aplicación de una norma que viola derechos constitucionales”¹⁰³. A pesar de que la Corte reconoce lo anteriormente citado, también menciona que es consciente de la necesidad que tiene el Estado de asegurar la determinación y cobro de tributos; lo cual no es suficiente para vulnerar los derechos de la Constitución, que en caso de la caución si sería exigida después de la calificación, no existiría violación al derecho de acceso a la justicia y tutela efectiva. Reconociendo la Corte que se condiciona el acceso a la justicia con la consignación de un determinado valor por caución.

Sin embargo, también indica que no es una solución la declaración de inconstitucionalidad plena, por lo que es necesario recurrir al uso de “sentencias modulativas”; aclarando que *el* afianzamiento no es una norma inconstitucional ya que persigue un fin constitucional que es legítimo, considerando que la inconstitucionalidad deriva de la forma en que previo el

¹⁰² *Id.*, p. 6

¹⁰³ *Ibíd.*

legislador el momento de realizar la caución -antes de la calificación-. En consecuencia, la Corte Constitucional decide declarar constitucional el artículo, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada después de calificada la demanda, preservando según la Corte el derecho a la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

Esta resolución de la Corte permite entender lo que es claro y es que el Estado no puede poner trabas de acceso a la justicia y en este caso la administración municipal no debe poner trabas de acceso a la justicia administrativa en un procedimiento administrativo sancionador. Esta traba se genera, cuando la administración me obliga a realizar un depósito en garantía para que el instructor le dé trámite a mi contestación. Por lo tanto, a pesar de que la Corte analiza y está de acuerdo en que se está vulnerando la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia, presenta como solución que el 10% de caución se rendirá después de calificada la demanda, creyendo que así no se niega el acceso a la justicia, cuando si no se presentará la caución de igual forma no se seguiría con la demanda.

Considerando que la figura utilizada en el caso de infracciones administrativas flagrantes, fuera la de afianzamiento, que de las diferenciaciones establecidas en este capítulo nos permiten ver que no es así, este depósito en garantía debería ser aplicado como una medida cautelar real dentro del auto de inicio de proceso, no para dar acceso a parte alguna del procedimiento sino únicamente como una medida cautelar que permita disuadir al administrado para que no cometa nuevas infracciones ya que de lo analizado anteriormente tanto el depósito en garantía como esta obligación de afianzamiento con la aplicación actual generan una limitación al acceso a la justicia.

Finalmente, es necesario establecer un resumen que permita evidenciar porqué el depósito en garantía exigido por la administración municipal no es una obligación de afianzamiento, lo que nos lleva a un siguiente análisis con el pago previo:

Obligación de Afianzamiento (Código Tributario)	Depósito en Garantía: (contravenciones flagrantes y recursos) (Ordenanza Metropolitana No. 321)	Semejanzas	Diferencias
¿Cuándo se exige?	¿Cuándo se exige?		

Para la presentación de acciones y recursos	<u>*Contravenciones flagrantes:</u> Dentro del procedimiento administrativo sancionador, para que se dé trámite a contestación de auto de inicio de proceso.		<u>*Área Municipal:</u> Existe el requerimiento de hacer un depósito en garantía equivalente al total del resultado de la multa en condición de contraventor flagrante para que se dé trámite a la contestación de respuesta del auto de inicio de proceso. Es decir, se exige este requerimiento no sobre la determinación de una obligación, sino sobre el desarrollo de un procedimiento
¿Qué se busca reclamar?	¿Qué se busca reclamar?		
*Actos determinativos de obligación tributaria, *Procedimientos de ejecución y, * Todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas	<u>*Contravenciones flagrantes:</u> Nada porque no existe la determinación de una obligación, sirve como un requisito para que se dé trámite a mi contestación.		<u>*Área Municipal:</u> cuando esta garantía se aplica en contravenciones flagrantes esto no le permite realizar reclamo alguno sobre alguna decisión tomada porque no la hay, únicamente le permite tener acceso al procedimiento administrativo, limitando el acceso a la Justicia Administrativa y al Derecho a la Defensa.
¿Cuál es el valor de la caución a depositar?	¿Cuál es el valor de la caución a depositar?		
10% de la cuantía	Equivalente al valor total de la multa resultado del procedimiento administrativo sancionador		<u>*Área tributaria:</u> porcentaje de la cuantía que <u>*Área Municipal:</u> el total de la multa
¿Cuál es el resultado de la caución en relación al resultado de la solicitud planteada?	¿Cuál es el resultado de la caución en relación al resultado de la solicitud planteada?	En ambos casos se	<u>*Área Municipal:</u> Si la

<p>*La caución se cancelará si la demanda es aceptada totalmente generando a favor del contribuyente intereses</p> <p>*Si la demanda es rechazada totalmente la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.</p>	<p><u>*Contravenciones flagrantes:</u></p> <p>No aplica</p>	<p>ejecuta el Depósito en garantía o el afianzamiento hecho si el recurso presentado no es favorable para el administrado.</p>	<p>respuesta es favorable para el administrado, la administración municipal devuelve el depósito en garantía a través de un título de crédito, sin la generación de interés alguno.</p>
--	---	--	---

Fuente: CÓDIGO TRIBUTARIO, CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN Y ORDENANZA METROPOLITANA No. 321. Rediseñado por el autor.

Con estos antecedentes es importante analizar que este depósito en garantía exigido en los casos de infracciones administrativas flagrantes, no cumple las condiciones para ser un afianzamiento por varias razones: este no es solicitado cuando existe un acto determinativo sino que es exigido como requisito previo para poder acceder al procedimiento administrativo sancionador; este depósito en garantía exige se entregue el resultado del total de la multa del procedimiento administrativo sancionador mientras que en el tema tributario se exige un porcentaje de la cuantía: la administración municipal exige un depósito en efectivo en las ventanillas municipales sin que se pueda establecer otro tipo de garantía (póliza, libretas de ahorro) como se lo hace con las garantías de construcciones y finalmente en el tema municipal se devuelve la garantía a través de un título de crédito sin el reconocimiento de interés alguno como si se lo hace en el tema tributario. Recalcando que aun al operar el depósito en garantía como una obligación de afianzamiento, por su actuación en la práctica seguiría siendo inconstitucional al establecer ambas condiciones de acceso a la justicia administrativa.

4.3.- Obligación de afianzamiento y Solve et Repete.-

En virtud de lo anteriormente señalado, es claro que la obligación de afianzamiento fue prevista e introducida por la Ley Reformatoria de Equidad Tributaria a continuación del Artículo 233 de Código Tributario, obligación que tiene como objetivo el garantizar de forma previa el acceder a presentar acciones y recursos respecto a actos determinativos en materia tributaria, procedimientos de ejecución, así como para medidas cautelares y recursos de casación, lo cual en el análisis realizado plantea una violación a la normativa constitucional sobre acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

En consecuencia, como señala la autora D`AMBROCIO GABRIELA el afianzamiento se puede ver inmerso por la regla del *solve et repete*, que se traduce en “*pague primero reclame después*”; por lo tanto, el sujeto pasivo sobre el cual se ha determinado una obligación, sanción o multa debe pagar primero para ejercer su acción en vía administrativa o contenciosa¹⁰⁴. Esta misma autora, citando a RUBÉN SPILA define al *solve et repete* como “un principio según el cual, cuando la administración tributaria impone el pago de impuestos a un contribuyente mediante una determinación de oficio, este no puede impugnarlo judicialmente si no abona la suma correspondiente”

Para LAVIÉ ENRIQUE, el *solve et repete* es “es un medio peculiar de tutela del crédito tributario del Estado,”¹⁰⁵ siendo el medio particular que ha escogido el legislador como coercitivo para cumplir con sus fines¹⁰⁶. Es decir, en este caso se asimila o podríamos señalar que el afianzamiento o caución está dentro del principio *solve et repete*, que en caso de que no se realice el pago previo no se tendrá acceso a presentar el reclamo.

Para el autor ROBERTO DROMI, el pago previo conocido como el *solve et repete* es un privilegio de la Administración, que se puede llamar “*paga y demanda o recurre*”, teniendo como fundamento la regularidad de la gestión fiscal; es decir, el pago previo es la exigencia de que el demandante abone la cantidad previa que adeude a la Administración

¹⁰⁴ D`AMBROCIO, GABRIELA, *La Regla del Solve Et Repete*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechotributario/2014/06/16/la-regla-del-solve-et-repete-> (acceso: 17-12-2014).

¹⁰⁵ LAVIÉ ENRIQUE, *La Inconstitucionalidad de la “exigencia del pago previo (solve et repete) de una multa para habilitar la instancia judicial”*, Asociación de Docentes, 1 de diciembre de 2013, Buenos Aires-Argentina, p.1.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

Pública, a consecuencia de la relación jurídica-tributaria o de una infracción administrativa, cuando se impugna la legitimidad del acto de liquidación o sanción¹⁰⁷.

En consecuencia, este principio o regla resulta controvertida en materia jurídica, ya que para varios autores el pago previo no tiene justificación en la actualidad. El autor VILLEGAS, determina que en cualquier contienda tributaria previamente a discutir con el fisco es necesario que se pague, lo cual no tiene razón, ya que no se puede dar fundamentación jurídica, siendo su razón puramente económica “impedir que mediante la controversia el contribuyente obstaculice la recaudación”; FONROUGE, comparte que ninguna de las explicaciones propuestas para justificar el *solve et repete*, es satisfactoria, considerando que la más adecuada a la independencia del derecho financiero, es la otorgada por GRIZIOTTI, que la razona como una institución autónoma con finalidad protectora de la finanzas públicas; sin embargo, también considera que si bien se debe asegurar el interés fiscal de dilaciones, en la actualidad existen penas, recargos, entre otras medidas, que evitan recurrir a este medio “inicuo” llamado a desaparecer¹⁰⁸.

En consecuencia, a pesar de que es importante buscar los medios para salvaguardar las finanzas públicas, el imponer esta regla que pasa a ser una condición, resulta bastante seria y hasta peligrosa para el administrado, debiendo considerarse otras medidas que permitan que se respete el sistema. Al respecto, *BIELSA* señala que,

La regla de *solve et repete* (...) tiene una presunción de legitimidad y cuando su monto es importante con respecto a la hacienda o gestión patrimonial del contribuyente (industrial, comerciante, etc.) y se lo ejecuta, puede determinar la paralización de su actividad y aún su ruina, pues aún en el caso de triunfar en el juicio de repetición, esto puede resultar tardío y el daño ser irreparable, lo que no sólo le perjudica a él, sino también a los que están vinculados económicamente a su gestión comercial o industrial y de manera indirecta puede perjudicar a la economía general.¹⁰⁹

¹⁰⁷ DROMI ROBERTO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Óp. cit., p.848.

¹⁰⁸ RUIZ SECADA, GUILLERMO. *La Institución de la Prueba y el Principio Solve Et Repete en el Procedimiento Contencioso Administrativo*, Ponencia Individual, subtema I, Lima, Perú, 1990, p. 135.

¹⁰⁹ GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa Usuario y del Administrado*, Óp. cit., p. 495.

Siendo importante diferenciar al afianzamiento del pago previo; como explica BENALCÁZAR, como su nombre lo indica el pago previo es aquel pago anticipado del crédito con sus intereses y multas para discutir sobre la legalidad del mismo; mientras que el afianzamiento constituye una garantía de pago, mediante la prohibición de enajenar inmuebles, fianza, hipoteca, etc.¹¹⁰; sin embargo, no debemos olvidar que el Artículo 248 del Código Tributario también establece el depósito en efectivo lo cual podría ser discutido como garantía de pago y figurarse como *solve et repete*.

Es decir, por un lado tenemos que el *solve et repete* busca evitar dilaciones y se fundamenta en razones económicas para el Estado -evitar que mediante controversias se impida la tributación-; sin embargo, esto no es razón suficiente para que la administración busque un pago previo y contraríe lo dispuesto en el Artículo 75 de la Constitución de la República, tantas veces mencionado en este trabajo:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.¹¹¹ [La cursiva me pertenece]

La propia Corte conforme lo analizado en el punto anterior, señala que si se solicita una caución previo a la calificación de la demanda se estaría afectando la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, es decir que el pago previo –antes de calificar la demanda- contraría estos derechos constitucionales. Debiendo considerar, que si el Administrado no podría presentar ninguna de las garantías previstas en el Código Tributario, estaríamos dejando a este administrado en indefensión –negando su derecho al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva- y, además, negando su derecho a la defensa. De forma concordante a lo señalado, el Artículo 168 de la Carta Magna dispone:

La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:
(...)4. *El acceso a la administración de justicia será gratuito.* La

¹¹⁰ BENALCÁZAR GUERRON, JUAN CARLOS. *El requisito del pago previo frente a los derechos constitucionales*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-requisito-del-pago-previo-frente-a-los-derechos-constitucionales>. (acceso: 20-12-2014)

¹¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

ley establecerá el régimen de costas procesales.¹¹² [La cursiva me pertenece]

Además, el artículo 76 de la Constitución de la República establece que en todo proceso que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el debido proceso, el cual incluye la garantía básica del derecho a la defensa; es así que el derecho al debido proceso es aplicable en todos los ámbitos judicial, administrativo, penal, entre otros.

Dentro del derecho al debido proceso, se establece el derecho a la defensa, derecho que como hemos sustentado durante este trabajo, estaría siendo violentado al prever en materia municipal el depósito de una garantía como requisito previo para acceder al procedimiento administrativo; debiendo resaltar que el hecho no consiste en que si el administrado tiene la razón se devolverá el monto depositado en garantía, sino en ¿qué pasa si el administrado no puede generar dicho depósito en garantía?, esto nos lleva a una respuesta y es que el administrado estaría quedando en indefensión violentándose así el debido proceso, incluyendo el acceso a la justicia como el principio de tutela judicial efectiva.

En la Constitución del Ecuador podemos distinguir que el derecho al debido proceso incluye el derecho a la defensa¹¹³, el debido proceso tiene como origen el *due process of law* anglosajón que se encuentra formado por un debido proceso adjetivo como sustantivo, el primero se refiere a las garantías procesales que permiten la vigencia de los derechos fundamentales, y el siguiente como aquel que protege a los ciudadanos de normativa contraria a los derechos fundamentales,¹¹⁴ si el acceso a la justicia y el derecho a la defensa es un derecho fundamental el plantear condicionamientos previos y el *solve et repete* estaría violentando el debido proceso.

La Corte Constitucional en cuanto al derecho de defensa establece de manera clara en la Sentencia No. 004-13-SEP-CC del 21 de marzo del 2013 que todo tipo de actos que

¹¹² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 168. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

¹¹³ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76 “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente (...)”

¹¹⁴ FIGALLO, ÁVILA Y OTROS, *Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los Procedimientos administrativos*. <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>, (acceso: 20-12-2014)

conlleven a la privación o limitación del referido derecho, producirá, en última instancia, indefensión¹¹⁵, lo que sin duda ocurre con el pago previo y de manera directa lo que ocurre en nuestra normativa municipal cuando se exige el requerimiento del cumplimiento de una condición para que se de paso a la contestación planteada por el presunto contraventor en casos de infracciones administrativas flagrantes.

Como señalamos en el capítulo primero ROBERTO DROMI, establece que los principios jurídicos fundamentales en materia administrativa son pautas que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar su por qué y para qué, detallando que estos principios se dividen en dos: sustanciales y formales. Dentro, de los principios sustanciales cita el de defensa que a su vez, está integrado entre otros por el poder Impugnar la decisión. Y, dentro de la impugnación de la decisión se determina que:

El debido proceso adjetivo y el derecho de defensa constitucionalmente resguardado exigen que no se cercene, prohíba u obstaculice con limitaciones extra constitucionales y/o inconstitucionales la posibilidad real de impugnar las decisiones administrativas por vía administrativa recursiva o por vía judicial a través del proceso administrativo (PTN, Dictámenes, 101:117; 103:230; 71:290; 73:153)¹¹⁶.

Es así, que las creaciones procesales del “*pago previo*” o el imponer el “*importe porcentual al monto del reclamo*” no debe ser un impedimento al derecho a la defensa y del acceso de la justicia como presupuestos preliminares de los recursos administrativos¹¹⁷. Sin embargo, el tener que realizar el depósito en garantía en materia municipal para poder acceder al procedimiento administrativo supondría un limitante al acceso a la justicia y por ende al derecho de defensa y a la tutela administrativa efectiva.

Para ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, el *solve et repete* se traduce en:

¹¹⁵ Corte Constitucional. *Sentencia No. 004-13-SEP-CC*, 21 de marzo del 2013. Registro Oficial Suplemento No. 933 de 15 de abril del 2013. Sentencia de La señora Juan Úrsula Álvarez Sarco, presenta recurso extraordinario de protección en contra de la sentencia dictada el 01 de diciembre del 2010.

¹¹⁶ ROBERTO DROMI. *Tratado de Derecho Administrativo, Óp. cit.*, p. 776.

¹¹⁷ *Ibíd.*

Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta hoy, pero es un hecho que así es. Esta acertada apreciación evidencia la flagrante violación del derecho de defensa que encierra el requisito, pues, a la postre, condiciona gravemente la posibilidad de ejercer dicho derecho a la capacidad de pago del deudor, lo cual llega a lastimar también al derecho de igualdad ante la ley, por discriminar de hecho a quienes no pueden cumplir con el pago previo, el mismo que involucra muchas veces a cantidades sumamente elevada¹¹⁸.

Por lo tanto, los principales problemas que supone el pago previo es su afectación al derecho al debido proceso y al acceso gratuito a la justicia que tiene cada ciudadano, derechos que son reconocidos por la Constitución del Ecuador como por la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia son contrarios al principio *solve et repete*, que bajo el criterio del Código Tributario –pague antes de la calificación de la demanda- supone una violación a los mismos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 párrafo 1 dispone que:

*(...) toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.*¹¹⁹ [La cursiva me pertenece].

El derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable está inmerso en el derecho a la defensa, que conforme se analizó la imposibilidad de pago o de brindar garantías niega el derecho a la defensa y, en consecuencia violenta lo señalado en el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Bajo estos antecedentes planteados, es necesario considerar varias observaciones en cuanto a lo que sucede en la Ordenanza Metropolitana No. 321 en relación a la obligación de realizar un depósito en garantía como requisito previo en caso de contravenciones flagrantes para que se dé

¹¹⁸ BENALCÁZAR GUERRON, JUAN CARLOS, *El requisito del pago previo frente a los derechos constitucionales*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-requisito-del-pago-previo-frente-a-los-derechos-constitucionales> (17-12-2014)

¹¹⁹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. (1969). Artículo 8.

respuesta a la contestación del auto de inicio de proceso por parte del presunto contraventor. Como señalamos en el capítulo tres de este trabajo, el depósito en garantía exigido no cumple con las condiciones para ser un afianzamiento y aun siendo así tal y como se está aplicando nos lleva a considerar que este depósito en garantía se esconde en esta figura de pago previo en base a lo revisado anteriormente.

Esta tesis se sustenta, cuando recordamos lo ya mencionado y es que en casos de contravenciones flagrantes se exige el cumplimiento de una condición para poder acceder a la justicia administrativa, condición que equivale a realizar el depósito de dinero en garantía del total del resultado de la multa que se impondría en el procedimiento administrativo sancionador. Es decir, en caso de que el administrado no tenga como realizar dicho depósito en garantía simplemente no podrá acceder al procedimiento y por ende no tendrá derecho a defenderse ya que el funcionario instructor asumirá que administrado se está allanando a los hechos imputados tal y como establece la norma municipal. Recordando también que tal y como mencionamos en el capítulo tercero el allanamiento debe ser expreso y no tácito por lo que se genera una incoherencia más de la norma en discusión.

Al determinar que la figura de depósito en garantía utilizada para casos de contravenciones flagrantes se esconde en una figura inconstitucional como el pago previo, no quiere decir que esté en contra de la opción de aplicación de medidas preventivas. Sin embargo, es necesario que la administración municipal aplique medidas que sirvan como una garantía y no como una condición de cumplimiento para poder acceder a la justicia administrativa como sucede ahora.

4.4- Solve et repete en Ecuador.-

Conforme lo señalado, el pago previo *–solve et repete–* fue derogado cuando el Ecuador fue suscriptor de la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹²⁰, desapareciendo esta regla con el fin de “hacer posible la revisión de los actos administrativos, sin que sea menester garantizar la obligación discutida o el pago previo del gravamen”.¹²¹ Siendo el *solve et repete* una restricción a la revisión tanto judicial como

¹²⁰ Corte Constitucional. *Resolución No.14*. Registro Oficial Suplemento 256 de 12 de agosto de 2010.

¹²¹ *Id.*, p. 3.

administrativa, de actos administrativos emanados del ejercicio de la función pública, restricción que exige el pago previo una suma de dinero determinada en la legislación y fijada en el acto administrativo cuestionado para dicha revisión.¹²² Es decir, que se establecería un valor o porcentaje fijo para que se realice el pago previo para impugnar o reclamar un determinado acto administrativo.

Para D`Ambrocio, haciendo referencia al *solve et repete* y afianzamiento en nuestro país, expresa que,

*El afianzamiento o consignación, ya sea en una fracción o porcentaje o de la totalidad de la “supuesta” deuda tributaria, se encasilla en el instituto del pago previo, el cual es arbitrario e injustificado, pues basta precisar que se establece una ejecución antes de que exista una decisión judicial de fondo, garantizándose el interés fiscal en detrimento del contribuyente*¹²³. [La cursiva me pertenece]

Es decir, la extinguida regla del *solve et repete* sigue estando vigente en nuestro país, escudándose en argumentos económicos, seguridad en recaudación, evitar generar más causas que no tenga razonabilidad, entre otros; sin considerar que violenta el principio de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia. Principios constitucionales que deberían primar sobre razones económicas de procedimiento o recaudación.

La autora antes citada realiza un análisis a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado que en el Disposición Décima Sexta, expresando el Decreto que, “Si el deudor no acompaña a su escrito de excepciones la prueba de consignación, no se suspenderá el procedimiento coactivo y el juicio de excepciones seguirá de esa forma.”¹²⁴ Es decir, se exige una consignación del 100%, lo que recoge el principio del *solve et repete*

¹²² LAVIÉ ENRIQUE, *La Inconstitucionalidad de la “exigencia del pago previo (solve et repete) de una multa para habilitar la instancia judicial”*, Asociación de Docentes, 1 de diciembre de 2013, Buenos Aires-Argentina, p. 1.

¹²³ D`AMBROCIO, GABRIELA, *La Regla del Solve Et Repete*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechotributario/2014/06/16/la-regla-del--solve-et-repete-> (21-12-2014)

¹²⁴ *Ibíd.*

y vulnera el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Por lo tanto, la regla del *solve et repete* no solo está inmersa en el procedimiento tributario sino que se distingue en otras materias que no respetan los principios constitucionales; materias como el procedimiento administrativo sancionador municipal conforme se analiza en el presente trabajo.

Por su parte, si llevamos el análisis realizado al campo municipal, podemos notar que la Ordenanza Metropolitana 321 en el numeral segundo del Artículo 20 dispone,

Sin embargo, en todos los casos de infracciones administrativas flagrantes, para que el instructor dé trámite a la contestación del presunto infractor, éste deberá depositar el monto que, corresponda a la sanción pecuniaria en garantía del resultado del procedimiento sancionador, en el lugar y modo establecido por la Agencia Metropolitana de Control¹²⁵ (La cursiva y el subrayado me pertenecen)

En consecuencia, y como hemos venido desarrollando en capítulos anteriores el presupuesto aplica para infracciones administrativas flagrantes, es decir, este es el primer elemento que debe cumplirse para que se requiera el depósito de una garantía del monto que corresponda a la sanción pecuniaria resultado del procedimiento sancionador. Si comparamos con lo dispuesto de forma previa en afianzamiento y *solve et repete*, se requiere el pago previo para conocer del reclamo tributario; y en el presente caso, de igual forma se requiere del depósito en garantía para conocer de reclamo y para que el funcionario instructor de trámite a la contestación; es decir, sin el comprobante de depósito en garantía no se dará trámite y el administrado no podrá realizar su reclamo administrativo, vulnerando de esta forma y conforme se analizó el acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y al principio del debido proceso, al no permitir que ejerza su derecho a la defensa.

La Ordenanza Metropolitana No. 321 también prevé un procedimiento de infracciones no flagrantes o medidas cautelares, sin embargo en estos casos no se establece un pago

¹²⁵ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 20 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

previo de depósito en garantía, limitando el pago previo tan solo a las infracciones flagrantes. Incluso el numeral 3 del Artículo 20 de la Ordenanza Metropolitana No.321, de forma muy grave para el administrado, dispone que

*En el caso de infracciones administrativas flagrantes la falta de contestación del presunto infractor o la falta de depósito en garantía se considerará como allanamiento a los hechos imputados, por lo que en el evento de que el infractor no hubiese contestado en tiempo y modo, el instructor remitirá el expediente al funcionario decisor para la emisión de la resolución correspondiente y su ejecución*¹²⁶ [La cursiva me pertenece]

Por lo tanto, en caso de que el administrado no pueda realizar el depósito en garantía, se considera allanamiento a los hechos imputados, negando claramente el acceso a la justicia administrativa y por ende al derecho de defensa. La Ordenanza Metropolitana No. 321 supone que el administrado se allana a los hechos impugnados cuando en realidad nunca tuvo posibilidad de defenderse, lo cual puede deberse a que no tiene el monto a depositar en garantía, a pesar de que cuenta con los medios de prueba suficientes para determinar que no realizó la infracción. Podría pasar que aun considerando que el administrado fue encontrado en situación de flagrancia era factible determinar su inocencia; por ejemplo si en un operativo de control el funcionario instructor verifica que el mismo no cuenta con la LUAE de manera inmediata se procede a dictar un auto de inicio como contravención flagrante, pero podría pasar que al determinarse la garantía el administrado no pueda hacer dicho depósito por no contar con el valor, limitándose así al administrado a defenderse y poder justificar que contaba con el permiso y que en ese momento por varias razones (se estaba renovando y no lo tenía en su poder, estaba en su auto, en su casa, estaba perdido) no lo tenía. Es decir, aunque cuente con las justificaciones que le permitan ser declarado inocente no podría hacerlo sino cumple con la condición de realizar el depósito en garantía.

En consecuencia, en nuestro país podemos indicar que la regla del *solve et repete* sigue vigente pero disfrazada en diversos medios administrativos como sucede en la Ordenanza

¹²⁶ ORDENANZA 321. La Ordenanza Metropolitana que Regula el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo 20 Sancionada: 18 de octubre del 2010.

Metropolitana No. 321, es decir a través de un depósito en garantía, donde se exige la realización de dicho depósito para poder acceder al procedimiento administrativo. Como he mencionado lo que se busca es una forma de esconder la regla de *solve et repete*.

A este análisis debemos sumarle que en el tema tributario la caución se da para poder acceder a un recurso, es decir, el administrado al menos tuvo la oportunidad de poder defenderse en una primera instancia; lo que no ocurre en materia municipal ya que en casos de infracciones administrativas flagrantes el *posible infractor* tal y como es llamado el administrado en la Ordenanza Metropolitana No. 321 no podrá acceder a la justicia administrativa y por ende al derecho a la defensa dentro del procedimiento administrativo sancionador si no cancela el depósito en garantía. Es así, como podemos contentar la pregunta que nos planteábamos anteriormente, de no saber qué pasaría en caso de que el administrado no pueda realizar dicho depósito y es que sin duda, no podrá acceder al procedimiento administrativo con su defensa ya que no cumple con un requisito previo para poder hacerlo

CONCLUSIONES

1. Los procedimientos administrativos sancionadores, son parte del Derecho Administrativo, por ende su desarrollo debe darse bajo el cumplimiento de una aplicación directa de derechos, principios y garantías constitucionales. La no aplicación de la norma constitucional, como norma suprema y como eje rector de estos procedimientos podría llevar a la administración a emitir actos administrativos inconstitucionales.
2. Los derechos y garantías constitucionales son de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público y administrativo; todas las personas, autoridades e instituciones deberán aplicar de manera directa las normas constitucionales. Por lo que es claro, que no existe excepción ni justificación alguna para la no aplicación de estos derechos y garantías constitucionales por parte de servidor público alguno.
3. El Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización establece que los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno, ejercen la potestad sancionadora en materia administrativa, potestad sancionadora que se desarrollara a través de procedimientos administrativos sancionadores.
4. Los procedimientos administrativos sancionadores aplicables en el Distrito Metropolitano de Quito se sustentan en la potestad de sanción que tiene la

administración pública contra el administrado cuando ha infringido la normativa, sustentándose su procedimiento en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización así como en la Ordenanza Metropolitana No. 321.

5. En el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores la Ordenanza Metropolitana No. 321 establece una distinción en cuanto a las contravenciones flagrantes, señalando que en estos casos, para que el instructor de trámite a la contestación del presunto infractor este deberá depositar un valor en garantía correspondiente al resultado del procedimiento administrativo sancionador; indicándose también que la falta de depósito en garantía se considerará como allanamiento a los hechos imputados.
6. La aplicación de este depósito en garantía es sustentando en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, que establece que en casos de infracciones administrativas flagrantes, se podrán emplear medidas provisionales y cautelares de naturaleza real para asegurar la inmediación del presunto infractor siempre y cuando no violenten derechos fundamentales. Por lo que, la medidas provisionales que se adopten para ser válidas deberán cumplir con dicha condición.
7. El depósito en garantía establecido en la normativa municipal, como medida provisional real para los casos de contravenciones flagrantes, se exterioriza en la figura de una obligación de afianzamiento utilizada en el ámbito tributario, sin embargo, si esta fuera la intención del legislador municipal, es claro evidenciar que no sucede así ya que las características en ambos casos son distintas: a) el depósito en garantía no es solicitado cuando existe un acto determinativo sino que es exigido como requisito previo para poder acceder al procedimiento administrativo sancionador; b) este depósito en garantía exige se entregue el resultado del total de la multa del procedimiento administrativo sancionador mientras que en el tema tributario se exige un porcentaje de la cuantía; c) la administración municipal exige un depósito en efectivo en las ventanillas municipales sin que se pueda establecer otro tipo de garantía (póliza, libretas de ahorro) como se lo hace con las garantías de construcciones y d) en el tema municipal se devuelve la garantía a través de un título de crédito sin el reconocimiento de interés alguno como si se lo hace en el tema tributario.

8. En la práctica tanto el depósito en garantía como la obligación de afianzamiento requieren del cumplimiento de una condición previa para que se dé trámite al procedimiento y al proceso, lo que nos lleva a sustentar que esta medida preventiva de naturaleza real establecida en la Ordenanza Metropolitana No. 321 para los casos de contravenciones flagrantes, y que corresponde a la condición de realizar un depósito en garantía para que el funcionario instructor le de paso a la contestación del auto de inicio de proceso, se esconde en la figura del pago previo.
9. En nuestro país la regla del *solve et repete* (*pago previo*) sigue vigente pero disfrazada en diversos medios administrativos como sucede en la Ordenanza Metropolitana No. 321, es decir a través de un depósito en garantía, donde se exige la realización de dicho depósito para poder acceder al procedimiento administrativo.
10. La obligación de cumplir con una condición como es la realización del depósito en garantía, equivalente al resultado del procedimiento administrativo sancionador, para que se dé trámite a una contestación presentada por un presunto infractor en casos de contravenciones flagrantes, genera una limitación al acceso a la justicia administrativa; y se convierte en una medida provisional violatoria a derechos fundamentales.

RECOMENDACIONES

Es necesario que el Concejo del Distrito Metropolitano de Quito, analice de manera inmediata un Proyecto de Reforma a la Ordenanza Metropolitana No. 321, en donde se deroguen los siguientes artículos:

- El párrafo segundo del artículo 20, por ser contrario a las normas constitucionales y legales así como por contravenir con la Resolución No. 30 emanada por la Corte Constitucional de 2 de diciembre del 2010, una vez que se exige como requisito previo para que el instructor de trámite a la contestación del auto de inicio de proceso, en casos de infracciones flagrantes, que se deposite en garantía el total del resultado de la multa del procedimiento administrativo.

- El párrafo segundo del artículo 27 de la Ordenanza Metropolitana No. 321 por contravenir con la Resolución No. 30 emanada por la Corte Constitucional 2 de diciembre del 2010 y por ende a las normas

constitucionales, al establecer que únicamente se dará trámite a los recursos administrativos propuestos en los que se justifique la consignación de los montos correspondientes a las sanciones pecuniarias.

Es necesario que estos articulados sean derogados y remplazados, tomando en cuenta que dentro del procedimiento y para caso de infracciones administrativas flagrantes se podrán tomar únicamente medidas preventivas de naturaleza real que no violenten derechos fundamentales:

Art.... (20) de la Sustentación y Prueba.-

1.- Con la contestación del presunto infractor o en rebeldía, si hubiere hechos que deban probarse, se dará apertura al término probatorio por diez días calendario, vencido el cual, el expediente será remitido al funcionario decisor, para que se dicte resolución motivada. (Esto se mantiene igual)

2.- Sin embargo, en todos los casos de infracciones administrativas flagrantes para que el instructor de trámite a la contestación del presunto infractor, este deberá depositar el monto que corresponda a la sanción pecuniaria en garantía del resultado del procedimiento sancionador, en el lugar y modo establecido por la Agencia Metropolitana de Control. (Esto se elimina y se cambia por lo siguiente:)

En casos de infracciones administrativas flagrantes, el funcionario instructor, aperturará el auto de inicio de proceso acompañado de una medida provisional de naturaleza real, la misma que no podrá levantarse en ninguna etapa del proceso de instrucción.

Una vez remitido el expediente al funcionario decisor, será este quién mediante resolución motivada podrá realizar el levantamiento de dicha medida cautelar real interpuesta, pudiendo incluso ratificarla en su resolución hasta la subsanación de los efectos existentes.

3.- *En el caso de infracciones administrativas flagrantes la falta de contestación del presunto infractor o la falta de depósito en garantía se considerará como allanamiento a los hechos imputados por lo que en el evento de que el infractor no hubiere contestado en tiempo y modo, el instructor remitirá el expediente al funcionario decisor para la emisión de la resolución correspondiente y su ejecución. (Esto se elimina)*

Art. 27.- Recursos.-

El administrado tendrá derecho a los recursos previstos en el ordenamiento jurídico metropolitano y nacional frente a las decisiones de las autoridades administrativas. (Esto se mantiene igual)

Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones en los procedimientos administrativos sancionadores, únicamente se dará trámite a los recursos administrativos propuestos en los que se justifique la consignación de los montos correspondientes a las sanciones pecuniarias en garantía del resultado del procedimiento administrativo (Esto se elimina)

En los recursos en los que no se hubiese justificado la referida garantía se consideraran como no interpuestos, sin perjuicio del derecho del administrado a acudir en tiempo oportuno a la jurisdicción contencioso administrativa en defensa de sus intereses. (Esto se elimina)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- ABERASTURY, PEDRO Y CILURZO, MARÍA ROSA. *Curso de Procedimiento Administrativo*. Argentina: Abeledo Perrot, 1999
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario Jurídico Elemental*.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Procedimiento y Proceso Administrativo*. Editorial Lexis Nexis. 2005. Edición Torres. 2006
- DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. 7ª edición. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina, 1998.
- FIORINI, BARTOLOMÉ. *Derecho Administrativo*. Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*. 13ª Edición. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.
- GARCÍA MANRIQUE, ENRIQUE. El valor de la seguridad jurídica. *Doctrina Jurídica Contemporánea*. México.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Civitas Ediciones. 2002.
- GONZÁLEZ SANTIAGO Y VARAS IBÁÑEZ. *Tratado de Derecho Administrativo*. Primera Edición. España: Editorial Arandazi, 2008.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo.: La defensa del usuario y del administrado* Cuarta Edición. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- IVANEGA, MIRIAM M. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Rap S.A., 2010.
- MANERA DE FANTÍN, GRACIELA R. *Principios del Derecho Constitucional Tributario*. Primera Edición. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2010.
- MARTÍNEZ, NORMA MARÍA. *Problemas Jurídicos-Prácticos de la Figura del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador*
- ORDÓÑEZ, GRACE. “La Potestad Sancionadora de la Administración, la Presunción de Inocencia y el Derecho de Prueba del Administrado”. *Cuadernos SUPERTEL*, Consejo Editorial
- RAMOS ACEVEDO, JAIRO. *Cátedra de Derecho Administrativo General y colombiano*. Medellín, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- ROJAS, ENRIQUE. *El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. V Foro de Derecho Administrativo.
- SANTOFIMIO, JAIME. *Tratado de Derecho Administrativo*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- TARDÍO PATO, JOSÉ ANTONIO. *Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo*. Universidad Miguel Hernández de Elche.

ZAVALA EGAS, JORGE. Derecho Administrativo. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino. 2005.

Artículos de revista

NEIRA, EDGAR. “Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Sancionador”, Revista Ruptura.

SÁNCHEZ VELARDE, PABLO “La Flagrancia en el nuevo Procesal Penal” Trabajo de Investigación .Lima, Perú 2011.

ESCAMILLA FERRO, MIGUEL ÁNGEL. “Estudio Jurisprudencial y Doctrinal de la Prueba en el Procedimiento Administrativo Común y su especial importancia en el ámbito sancionador.” Ciudad Autónoma de Ceuta.

Tesis de grado

VELA MARIÑO, JUAN SEBASTIÁN. Inconstitucionalidad del Solve et Repete. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Ecuador. 2009.

FLORES ENRÍQUEZ, FERNANDO XAVIER. La Flagrancia como presupuesto para la detención. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, Ecuador. 2010.

Bibliografía electrónica

AGUIRRE GUZMÁN, VANESA. “La Tutela Judicial Efectiva”. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf>

ALMADA, LORENA MARCELA. Principio del Solve et Repete en el marco del Pacto de San José de Costa Rica. Disponible en: <http://www.fiscalex.com.ar/articulos-publicaciones/fl10.htm>

BENALCÁZAR GUERRON, JUAN CARLOS, El requisito del pago previo frente a los derechos constitucionales. Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoc onstitucional/2005/11/24/el-requisito-del-pago-previo-frente-a-los-derechos-constitucionales>

CORDERO EDUARDO. *El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS). Sala Contenciosa Administrativa. 14/10/2004. Disponible en:

http://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?enc=yRmQF8FYtyrA9BBn1BkzUQ

D`AMBROCIO, GABRIELA, La Regla del Solve Et Repete. Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechotributario/2014/06/16/la-regla-del--solve-et-repete>

FIGALLO, ÁVILA y otros, Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los Procedimientos administrativos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú, 2013, pág. 11 Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>

LÓPEZ, MIGUEL ALEJANDRO. “Los Procedimientos Administrativos.” disponible en: <http://www.bibiosjuridicas.unam.mx>.

MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO. Análisis Constitucional del Solve et Repete. Disponible en: <http://patriciomaraniello.com.ar/articulo/analisis-constitucional-del-solve-et-repete.htm>

SALGA, LEANDRO GONZALO “La Aplicación de la Tutela Administrativa Efectiva en el Procedimiento Administrativo Sancionador y los Nuevos Contornos de la Acción Disciplinarias”. Disponible en: http://revista.cpacf.org.ar/Revista005/index.php?option=com_content&view=article&id=55:instituto-derecho-ciudad-buenos-aires&catid=38:revista1

SALMÓN ALVEAR, CARLOS. *Régimen Seccional Autónomo del Estado Ecuatoriano: Su Potestad Sancionadora como Administración Pública y su Compatibilidad con la Potestad Sancionadora de la Administración Central*. Disponible en: <http://www.salmonabogados.com/anotaciones/sobre-derecho-municipal>

SOLER, OSWALDO H Y ASOCIADOS. . La Inconstitucionalidad del Pago Previo (Solve Et Repete) como Condición de Acceso a la justicia en Materia Tributario. Disponible en: <http://www.ambito.com/suplementos/novedadesfiscales/ampliar.asp?id=2492>.

TUESTA SILVA, WILDER. *Procedimiento Administrativo Sancionador. Estructura y Principios*. Disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2275_procedimiento_administrativo_sancionador.pdf.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Resolución No 30 de 2 de diciembre del 2010 Registro Oficial Suplemento 390 de 10 de enero del 2011.

Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13-SEP-CC de 21 de marzo del 2013 dictada el 01 de diciembre del 2010. Registro Oficial Suplemento No. 933 de 15 de abril del 2013

Comisaría Metropolitana de Ambiente. Expediente Administrativo Sancionador. 1564-EP-2013. Quito, julio del 2013.

Comisaría Metropolitana de Construcciones. Expediente Administrativo Sancionador. 007-2011. Quito, octubre de 2011.

Comisaría Metropolitana de Construcciones. Expediente Administrativo Sancionador. 251-2013. Quito, abril del 2013.

Comisaría Metropolitana de Construcciones. Expediente Administrativo Sancionador. 005-2015. Quito, enero del 2015.

Cuerpos Legales

CÓDIGO INTEGRAL PENAL. Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014

CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. Registro oficial No. 303 del 19 de octubre del 2010.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Registro oficial Suplemento No. 058 del 12 de julio del 2005.

CÓDIGO TRIBUTARIO. Registro Oficial No. 038 del 14 de junio del 2005.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

LA ORDENANZA METROPOLITANA QUE REGULA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO. Ordenanza Metropolitana No. 321. Sancionada: 18 de octubre del 2010.

LEY REFORMATORIA A LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR, Artículo innumerado. Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007.

Instrumentos Internacionales

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José)

Declaración Universal de Derechos Humanos