

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

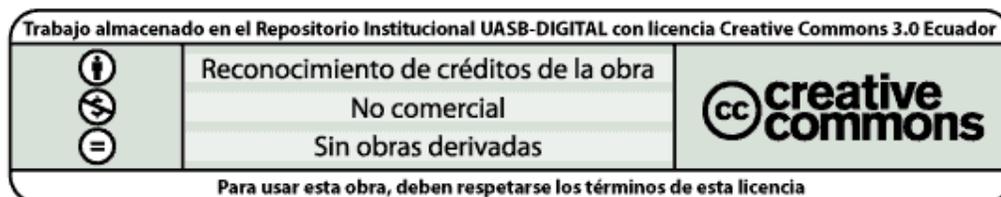
ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
CON EFECTOS GENERALES, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN
DE LA REPÚBLICA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

JAIME RAUMIR POZO CHAMORRO

2013



Yo, Jaime Raunir Pozo Chamorro, autor de la tesis intitulada EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 28 de agosto de 2013

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
CON EFECTOS GENERALES, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN
DE LA REPÚBLICA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

AUTOR: JAIME RAUMIR POZO CHAMORRO

TUTOR: MARCO MORALES TOBAR

Quito D.M., 2013

ABSTRACT

La acción de inconstitucionalidad representa el mecanismo de control abstracto por excelencia atribuido a la Corte Constitucional. Este tipo de control que se ejerce a posteriori, tal como se encuentra establecido en los numerales 2 y 4 del artículo 436 de la Constitución, denota el espíritu del constituyente para diferenciar entre los actos normativos y los actos administrativos de efectos generales, distinción que doctrinariamente ha merecido extensos debates, la gran mayoría de ellos concordantes en afirmar que se trata de categorías idénticas, motivo por el cual no cabe hacer tal diferenciación. Esta posición doctrinaria, con la cual expresamos nuestra coincidencia, nos conduce necesariamente a inferir que la existencia de las dos acciones de inconstitucionalidad, aparentemente distintas, en la práctica resultan redundantes, pues, desde el punto de vista procedimental incluso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no establece diferencia alguna en cuanto al trámite ante el órgano constitucional. La redundancia de las acciones del artículo 436.2.4 de la Constitución obedece -creemos- a la falta de claridad conceptual entre actos normativos y actos administrativos de efectos generales, lo que tendrá que ser dilucidado por la propia Corte Constitucional a través de sus fallos jurisprudenciales, y de esa manera asegurar la eficacia del principio de supremacía constitucional y su carácter normativo.

The unconstitutionality represents the abstract control mechanism for excellence attributed to the Constitutional Court. This type of control exercised a posteriori, as is set out in paragraphs 2 and 4 of article 436 of the Constitution, by the spirit of the constituent to differentiate between legislative acts and administrative acts of general doctrinal distinction has received much discussion, most of them consistent in stating that it is identical categories, which is why it should not make such a distinction. This doctrinal position, with which we express our agreement, necessarily leads us to infer that the existence of two constitutionality, apparently different in practice are redundant, then from the procedural point of view even The Organic Law of Guarantees Jurisdictional and Constitutional Control makes no difference as to the proceedings before the constitutional body. The redundancy of the actions of article 436.2.4of the Constitution, we believe, due to the lack of conceptual clarity between legislative acts and administrative acts of general effects, which will have to be elucidated by the Constitutional Court itself through its court rulings, and thus to ensure the effectiveness of the principle of constitutional supremacy and its normative character.

DEDICATORIA

A mis pequeños hijos: Matew Jair y Adrián Martín Pozo Pozo,
quienes con el amor y dulzura de sus cortos años iluminan mi existencia y
me impulsan a conseguir nuevas metas.

Jaime Pozo Chamorro

AGRADECIMIENTO

Al distinguido maestro, colega y amigo, doctor Marco Morales Tobar, por su constante impulso y apoyo sin medida en la elaboración de este trabajo investigativo.

Jaime Pozo Chamorro

Tabla de contenido

Introducción	8
Capítulo I	
ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL	12
1. Los actos normativos	12
1.1. Características	16
2. Los actos administrativos	18
2.1. Conceptos	20
2.2. Elementos	26
2.3. Clasificación	41
3. Semejanzas y diferencias entre actos normativos y administrativos de efectos generales	48
4. El acto administrativo y su fundamento en el Estado constitucional de derechos y justicia	57
Capítulo II	
LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	61
1. Los problemas en la fundamentación de la acción de inconstitucionalidad de actos normativos y administrativos	60
2. La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos de efectos generales	67
3. Legitimación	69
4. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad	70
4.1. La invalidez de los actos administrativos	71
5. La jurisprudencia de la Corte Constitucional	75
Conclusiones	85

Introducción

La Constitución de la República, vigente desde el 20 de octubre de 2008, instituyó un nuevo modelo de Estado conocido en términos generales como *Estado constitucional de derechos y justicia*, paradigma bajo el cual se han llevado a cabo una serie de transformaciones institucionales en los distintos ámbitos del quehacer jurídico, político, económico y social del país, marcando así una gran diferencia con el antecesor *Estado social de derecho*, imperante a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1998 y el modelo legalista que se impuso a lo largo de la vida republicana.

La impronta del Estado constitucional de derechos y justicia se traduce en la subordinación formal y material de la ley al texto constitucional, la subordinación de todos los poderes públicos y aun de los privados a la Carta Magna, el deber de los jueces de aplicar la norma constitucional sin necesidad de que exista desarrollo legislativo, y la primacía de los derechos constitucionales sobre las disposiciones de la ley, las políticas públicas y las actuaciones de la autoridad.

Bajo el esquema garantista que caracteriza a esta corriente constitucionalista, la Carta Magna otorga a la Corte Constitucional una serie de atribuciones destinadas a proteger los derechos constitucionalmente reconocidos, pero también a salvaguardar el principio de supremacía constitucional y el carácter normativo de la Constitución. Para la protección de los derechos se establecieron las garantías jurisdiccionales, en tanto que para la vigilancia de la supremacía constitucional se implementaron mecanismos de control constitucional para toda la producción normativa y administrativa que se origina en los poderes del Estado. Uno de estos mecanismos es sin duda la acción de inconstitucionalidad contra actos normativos y administrativos de efectos generales. El control constitucional de los actos administrativos vía acción de inconstitucionalidad (Art. 436.4 CRE) es precisamente el motivo de esta investigación,

y con la cual expreso de antemano mi desacuerdo, por considerar que su incorporación al texto constitucional resulta redundante por innecesaria, como se verá a lo largo del presente trabajo.

En la praxis, el ejercicio de esta acción *–inconstitucionalidad de actos administrativos–* ha sido poco eficaz para el logro de los objetivos que con seguridad se planteó el constituyente al momento de su incorporación en el ordenamiento jurídico. Varias son las causas que han contribuido a ello: desde la falta de claridad en los conceptos y la naturaleza de los actos administrativos y actos normativos, fruto quizá del poco interés que los profesionales del derecho tienen sobre los temas administrativos, pasando por el escaso desarrollo jurisprudencial y, sumado a ello, los pocos aportes doctrinarios locales sobre la temática. Ciertamente es que a diferencia de otras realidades jurídicas, como la colombiana o peruana, para mencionar solo a dos de las más cercanas, los avances jurisprudenciales son mayores porque también es mayor el tiempo que los jueces, el foro y la academia han tenido en el debate y desarrollo de los contenidos de sus textos constitucionales; es de esperarse, entonces, que en el menor tiempo posible logremos adelantar las discusiones que permitan el mejoramiento de nuestras propias instituciones.

Este trabajo académico obedece a una investigación de tipo jurídico-descriptiva, en la que se analizará la acción de inconstitucionalidad como parte del control abstracto y concentrado de constitucionalidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se irá desagregando el problema jurídico en sus diversas manifestaciones, estableciendo relaciones y niveles que nos permitan tener una idea mucho más clara de cómo funciona y se desenvuelve el sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano.

Sin pretender sacar ventaja de la situación, pero bajo la certeza de que la experiencia permite en muchas ocasiones contribuir al logro de resultados, debo expresar que como servidor de la Corte Constitucional, con varios años de labores en la Institución, he tenido la posibilidad de conocer a profundidad los trámites que allí se adelantan, así como las opiniones y criterios

jurídicos y políticos de los jueces que por varios períodos se han venido sucediendo, así como el trabajo desarrollado por ellos para la consolidación y fortalecimiento del Estado constitucional de derechos, sus garantías y las acciones que la Constitución reconoce para la defensa y protección de derechos y el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

Estimo que la importancia de esta investigación pasa por el hecho de que a partir del estudio y análisis realizado sobre cada componente de la tesis, no solo que posibilitará confirmar la hipótesis –sobre la inconveniencia de haber instituido dos acciones de inconstitucionalidad para actos normativos y administrativos generales– sino que espero contribuir al debate jurídico, esclareciendo las dudas compartidas por muchos abogados, operadores jurídicos, estudiantes y ciudadanos comunes, o estableciendo ciertas pautas tanto teóricas como metodológicas que permitan un mejor y eficaz ejercicio de las acciones establecidas para el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos.

En una visión general, el presente trabajo investigativo se encuentra estructurado en dos partes: la primera que desarrolla teóricamente los conceptos de acto administrativo y acto normativo, y la segunda, que aborda de manera precisa las implicaciones de la acción de inconstitucionalidad, la que se complementa con el desarrollo de algunas cuestiones de orden práctico.

De modo preciso, la tesis se contiene en dos capítulos que pueden mirarse de manera independiente, pero relacionadas y complementadas entre sí. En el Capítulo I se abordan temas propios de la Teoría General del Derecho relacionados con la norma y los criterios de validez, eficacia y justicia; luego se adentra en uno de los temas fundamentales del acto administrativo, sus diversas concepciones, los elementos constitutivos y las clases de actos. Especial atención merecen los títulos relacionados con las semejanzas y diferencias entre actos normativos y administrativos de efectos generales y el acto administrativo y su fundamento en el Estado constitucional de derechos y justicia. En el capítulo II se realizan observaciones a la acción de

inconstitucionalidad de actos administrativos de efectos generales y los problemas en su fundamentación. Luego nos adentrarnos en algunos temas de orden práctico relacionados con la legitimación para el ejercicio de la acción, los efectos de una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos, de modo particular la invalidez de los actos administrativos, para terminar haciendo una revisión a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia.

Aspiro a que este trabajo no solamente signifique el cumplimiento de un requisito académico, sino, sobre todo, un aporte que permita ilustrar los pormenores que encierran ciertas instituciones jurídicas, que aunque no son nuevas en el sistema jurídico del país, deben ser analizadas y ejercitadas de manera adecuada. Espero que los comentarios y críticas efectuadas puedan, en algún momento, ser consideradas para depurar el sistema jurídico, o al menos para despejar las dudas y corregir los errores que se vienen repitiendo en todos los niveles en los que se conocen y resuelven las acciones de inconstitucionalidad.

Capítulo I

ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL

1. Los actos normativos

Expresiones como derecho, normas, sistemas jurídicos, ordenamiento jurídico, fuentes del derecho, entre tantas otras, son cuestiones que atañen a la Teoría General del Derecho, pero su desarrollo doctrinario sirve para explicar cómo funciona y se aplica el derecho positivo. Estos contenidos, caracterizados por una gran carga de abstracción, sirven para explicar de qué manera se estructuran y funcionan los sistemas y subsistemas jurídicos a nivel universal. En lo que corresponde al desarrollo de este trabajo investigativo, suficiente será con hacer una ligera referencia a los conceptos básicos que encierra cada una de estas figuras, para entender de mejor manera ciertos temas que forman parte del objeto de nuestro estudio.

Comenzaremos diciendo, al igual que lo hace el maestro español Luis Prieto Sanchís, que “El Derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta humana”¹, y en palabras del italiano Norberto Bobbio, el derecho debe ser entendido como un sistema de normas o reglas de conducta². Nótese que la concepción de Derecho es amplia al hacer relación a un *conjunto de normas*, bajo cuyo manto se cobija no solo a la ley, sino a todo acto normativo que, materialmente, cumpla con los presupuestos para ser considerado parte del ordenamiento jurídico.

Las normas jurídicas no existen por sí solas, sino que forman entre sí un conjunto interrelacionado al que se conoce con el nombre de *ordenamiento jurídico*. Ahora bien, dado que las normas no son estáticas ni perpetuas, muchas de ellas se transforman para acoplarse a las nuevas realidades sociales. A menudo se generan unas nuevas, o se eliminan otras (vía

¹ Luis Prieto Sanchís, *Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta S.A., Cuarta Edición, 2009, p. 13.

² Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Santa Fé de Bogotá-Colombia, Ed. TEMIS S.A., 1999, p. 3.

derogatoria o declaratoria de inconstitucionalidad), dando lugar a lo que en teoría del derecho se conoce como *sistema jurídico*. Sobre la diferencia entre ordenamiento y sistema jurídico, Sanchís enseña que la expresión sistema jurídico hace alusión a un conjunto de normas en un momento determinado (algo así como una foto fija), en tanto que con el nombre de orden jurídico se designa a la sucesión de sistemas jurídicos en un período de tiempo (algo así como un documental)³.

Por *fuentes del derecho* se entiende a aquellos actos o hechos (la costumbre) de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas⁴; es por ello que para conocer la estructura de un ordenamiento jurídico se debe partir, necesariamente, de la enumeración de sus fuentes. Con mayor solvencia, Prieto Sanchís dice que: “Fuente es todo acto productor de disposiciones susceptibles de contener normas jurídicas; y fuente es también la costumbre que, sin embargo, por definición no produce disposición alguna, aunque sí normas”⁵.

La relación a las fuentes del derecho es de tal importancia, que su composición nos permitirá entender cómo junto a la constitución y la ley existen otras categorías normativas, generadas por órganos que al no ser legislativos per se, se encuentran revestidos de potestades para expedir cierto tipo de actos normativos que integran o modifican el ordenamiento jurídico.

La *norma*, desde el punto de vista formal, como enseña Norberto Bobbio, es una proposición de carácter prescriptivo. Así, la constitución, una ley, un código, un reglamento, constituyen un conjunto de proposiciones⁶. Las normas a las que nos referimos son aquellas de índole jurídico, pues no se debe perder de vista que también existen normas de índole religioso,

³ Luis Prieto Sanchís, Op., Cit., p. 112.

⁴ Norberto Bobbio, Op. Cit., p., 158.

⁵ Luis Prieto Sanchís, Op. Cit., p. 157.

⁶ Norberto Bobbio, Op. Cit., p. 41.

morales, sociales, que igualmente regulan conductas humanas, pero que no forman parte del ordenamiento jurídico.

Criterios de valoración de las normas.- Desde la Teoría General del Derecho, a las normas jurídicas se las puede someter a tres criterios de valoración distintos e independientes, dependiendo de si los problemas tienen que ver con las categorías relacionadas a la justicia, la validez o la eficacia de una norma, es decir, con el hecho de que una norma sea justa o injusta, válida o inválida, eficaz o ineficaz⁷.

Siguiendo al destacado tratadista Norberto Bobbio, diremos que el problema de la *justicia* tiene relación a la oposición entre el deber ser (lo ideal) y el ser (lo real) que encierra cada norma. La cualidad de la justicia de las normas se identifica con el deber ser, es por ello que la Teoría del Derecho identifica al problema de la justicia como el *problema deontológico* del Derecho.

El problema de la *validez*, por su parte, tiene relación a la existencia de la disposición jurídica como tal, sin importar si la misma es justa o no. La existencia de la norma aborda cuestiones como la forma y el órgano de emisión, su derogatoria y su conformidad con el texto constitucional. Se trata en suma del *problema ontológico* del derecho.

Finalmente, el problema de la *eficacia* de las normas tiene que ver con su “cumplimiento” o “incumplimiento”, es decir con el hecho de si las normas son o no cumplidas por sus destinatarios, de lo cual se ocupa la *fenomenología del derecho*⁸.

Otros teóricos del Derecho como Kelsen, Bulygin y Walter centran la discusión de las normas jurídicas en la conexión entre validez y eficacia, dejando a un lado el problema de la justicia. En lo que toca al tema de la eficacia de las normas, estos autores discurren su análisis en

⁷ *Ibidem.*, p. 20.

⁸ *Ibidem.*, ps. 21, 22.

torno a dos aspectos: la obediencia y su aplicación. La obediencia consiste en el cumplimiento de los deberes jurídicos por parte de los sujetos pasivos; la aplicación aborda cuestiones relacionadas con la facultad de los jueces para disponer y ejecutar actos coactivos (sanciones)⁹. Como antítesis al problema de la eficacia se puede señalar que una norma jurídica es ineficaz cuando no ha sido obedecida y no se ha aplicado la sanción respectiva por parte del juzgador. Lo dicho no es predicable de todas las normas jurídicas, sino solo aquellas que prescriben determinadas conductas de hacer (obligaciones) o no hacer (prohibiciones).

Una vez que hemos visto de modo ligero los criterios de valoración de las normas, acudiremos nuevamente a la Teoría General del Derecho para explicar la diferencia conceptual entre norma y precepto normativo, expresiones que suelen emplearse como sinónimos. En términos sencillos, el *precepto* es el artículo o artículos que forman parte de un cuerpo normativo; por el contrario, la *norma* es la interpretación o interpretaciones que se hacen a partir de lo que dispone el precepto, de tal suerte que de un precepto se pueden extraer tantas normas cuantas interpretaciones o significados puedan hacerse por quienes las pretendan aplicar.

Aunque suele ser muy común utilizar como sinónimos las locuciones referidas a normas legales, enunciados normativos, artículos, proposiciones prescriptivas, disposiciones y otras similares, no cabe duda de que es posible establecer una distinción entre el enunciado normativo o precepto –textos o artículos– y los contenidos normativos o normas jurídicas que se obtienen por vía de interpretación de aquellos.

A partir de la distinción teórica entre la norma y el enunciado normativo, nuestra legislación utiliza la expresión *acto normativo* para referirse precisamente al conjunto de disposiciones jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico. En este sentido, desde un

⁹ Eugenio Bulygin, “El concepto de eficacia”, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter: *Validez y Eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2005, p. 26.

punto de vista material, tanto la Constitución como la ley, el reglamento, la ordenanza y cualquier otro cuerpo normativo que contenga preceptos jurídicos, constituyen verdaderos actos normativos –más allá del órgano del que provengan, las materias que regulen y su ubicación en el orden jerárquico– es decir, todos estos cuerpos normativos contienen enunciados normativos que regulan la conducta de los sujetos que forman parte de una sociedad, lo que marca la diferencia con los actos administrativos adoptados por los mismos organismos, pero en ejercicio de su actividad netamente administrativa.

En otras palabras, no solo la ley (ordinaria o extraordinaria), por el hecho de responder a un proceso de formación y aprobación establecido en la Constitución –criterio formal– y provenir del órgano legislativo por excelencia (Asamblea Nacional), goza del calificativo de acto normativo, como se pensaría en un inicio, ya que aplicando el criterio material, la misma Constitución, al igual que los reglamentos, sobre todo los delegados y las ordenanzas contienen preceptos que mandan, prohíben o permiten; por lo tanto, también constituyen verdaderos actos normativos que integran el ordenamiento jurídico.

1.1.Características

Los actos normativos, para ser considerados tales, deben revestirse de ciertas características particulares, de las cuales, la doctrina destaca las siguientes: generalidad, universalidad, abstracción, estabilidad o permanencia, publicidad, jerarquización.

Empezaremos diciendo que al igual que la ley, cualquier acto normativo –analizado bajo un enfoque material– es *general*, lo que supone que se aplicará a todos los casos y sujetos cuya conducta se encuentra en una misma situación fáctica o presupuesto de hecho previsto como tal en la norma. La generalidad significa que la norma se dicta, en principio al menos, para una pluralidad indeterminada de sujetos y no para un sujeto o grupo de sujetos determinado. Esta característica tiene relación con el criterio de *universalidad*, es decir, que el acto normativo no

efectúa distinciones arbitrarias que lleven a creer que los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas previstas en la norma son aplicables a sujetos determinados.

El acto normativo es *abstracto*, porque contiene mandatos que deben ser cumplidos en todos los casos y por todos quienes se encuentren bajo las circunstancias determinadas en la regla, con independencia del momento en que se aplican. La abstracción se contrapone a la concreción de los actos administrativos.

La tercera característica del acto normativo tiene que ver con su *obligatoriedad*, esto quiere decir que su cumplimiento no depende de la libertad o voluntad del destinatario. De modo general, la norma se cumple por quien se encuentra obligado a acatar lo que en ella se dispone, so pena de ser compelido por la fuerza en caso de contravenir el precepto normativo.

Otra característica de los actos normativos tiene relación con su *estabilidad o permanencia*, lo que significa que la norma no se agota con su cumplimiento, como ocurre con el acto administrativo; al contrario, la norma se reafirma cada vez que se aplica a los casos para los que fue prevista. Que una norma sea permanente significa que rige imperativamente mientras no se la expulse del ordenamiento jurídico; su incumplimiento puede dar lugar a sanción, pero aquello de ninguna manera afecta su vigencia o existencia. Por regla general, las normas están pensadas para regular conductas y situaciones que se presenten a partir de su vigencia, es decir, rigen hacia el futuro, salvo que la misma norma, en determinadas materias, establezca el carácter retroactivo. A la permanencia de las normas se contrapone el carácter temporal del acto administrativo, el cual se agota con su cumplimiento.

Es característica de los actos normativos la *publicidad*, vale decir, que su vigencia depende de la publicación en el Registro Oficial, a no ser que la misma norma disponga lo contrario. Si la norma obliga de modo general a todos los sujetos sin que se pueda alegar su ignorancia para desconocerla o no aplicarla, la publicidad constituye el único modo por el cual el acto será conocido por todos.

Finalmente, hay que señalar que las normas responden a un nivel de *jerarquización*, lo que implica que las normas de menor jerarquía no pueden estar en contradicción ni alterar el contenido de las de mayor rango. La jerarquización de las normas permite hacer efectivo el principio de eficacia, es decir, una norma será eficaz siempre que esté acorde con los postulados de la de mayor jerarquía.

2. Los actos administrativos

Generalidades

La doctrina administrativista es coincidente en señalar que la administración pública, en el ejercicio de sus competencias, acude a diversas formas jurídicas para llevar adelante la actividad administrativa: la *actividad normativa* se ve reflejada cada vez que se expide una norma de carácter reglamentario; la *actividad contractual* se despliega cuando se lleva a cabo la ejecución de una obra, la prestación de servicios o la provisión de bienes; y la *actividad resolutive* se plasma en la emisión de cualquier acto administrativo, tal es el caso de la concesión de una licencia ambiental o la imposición de una sanción, lo cual presupone a su vez el ejercicio de otra actividad de la administración proveniente de la potestad sancionadora.

Partiendo de estas tres formas jurídicas clásicas, los tratadistas coinciden también en señalar que los actos jurídicos de la administración pública se manifiestan a través de tres categorías primarias fundamentales: i) las normas o disposiciones administrativas, ii) las resoluciones o actos administrativos, y iii) los contratos administrativos¹⁰.

Cada una de estas categorías comporta un régimen jurídico distinto y a su vez abarca una serie de conceptos diferentes. Así, el reglamento y la ordenanza constituyen verdaderas normas de derecho, en tanto que una licencia ambiental o una concesión comportan un acto administrativo.

¹⁰ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, *Acto y Procedimiento Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2001, p. 27.

Mientras que la norma jurídica presupone necesariamente la creación de derecho objetivo, el acto administrativo supone la aplicación del derecho objetivo, o como bien lo señala Jorge Zavala: “La distinción fundamental entre *normas o disposiciones con resoluciones o actos* y los *contratos* es, precisamente, que las primeras configuran parte del Derecho objetivo, pues, *lo crea o lo reforma*, mientras que las demás categorías (*resoluciones o actos y contratos*) son pura *aplicación del mismo*”¹¹.

De las tres categorías señaladas, la que nos interesa en este momento es la relacionada con el acto administrativo *strictu sensu*, y a él nos referiremos en los siguientes apartados. La categoría normativa fue ya abordada en el primer título de este trabajo, y dado que sobre estas dos categorías suelen presentarse confusiones conceptuales, al final de este mismo capítulo realizaremos un estudio comparativo entre el acto normativo y acto administrativo.

El acto administrativo es, sin duda, el género que más caracteriza al Derecho administrativo; es como bien lo señalan Alfredo Gallego y Ángel Menéndez: “el instrumento típico a través del cual la Administración, en ejercicio de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico, manda, prohíbe, autoriza, concede o deniega algo a los ciudadanos, crea relaciones jurídicas o adopta otras decisiones vinculantes”¹². Dentro de este concepto, podemos ejemplificar una serie de actuaciones de la administración pública, propias de nuestra realidad jurídica: la resolución convocando a concurso público, la imposición de una sanción disciplinaria, la concesión de una licencia ambiental, el otorgamiento de una beca, la negativa de un permiso de construcción, etc. La primera es un acto administrativo general, en tanto que las demás situaciones constituyen manifestaciones de un acto administrativo particular.

¹¹ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Guayaquil, EDILEX S.A., 2011, pp. 327 y 328.

¹² Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, *Op. Cit.*, p. 22.

El acto administrativo cuyo origen teórico lo encontramos en la jurisprudencia francesa, principalmente en las decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos¹³, fue desarrollado posteriormente por parte de las doctrinas italiana, alemana y española. Su concepción obedeció a la necesidad práctica de establecer la división entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la judicial, como consecuencia de la aplicación del principio de la separación de poderes ideado por Monstequieu¹⁴, así como a la necesidad de poner fin a la arbitrariedad de la administración pública y su consecuente sometimiento al Derecho¹⁵ por un lado y, por otro, a la consecución de la finalidad propia del Derecho Administrativo –el bien común– concebido como un régimen diferente al que trata los actos del Derecho Privado.

La actividad de la administración pública de modo general, y el acto administrativo de modo particular, produce efectos en la esfera interna de la propia administración, con consecuencias jurídicas sobre los sujetos que la conforman, o bien en el ámbito externo, con repercusión sobre los administrados, merced a un proceso declarativo que refleja la voluntad unilateral de la administración.

2.1. Conceptos

Aunque resulta imposible contar con una definición unánime de lo que ha de entenderse por acto administrativo, casi todos los tratadistas del fenómeno administrativo han propugnado conceptos más o menos similares, tomando como punto de partida dos concepciones: la primera, basado el *carácter orgánico o subjetivo* de la administración, que defiende la idea de que las actuaciones jurídicas de la administración pública y, dentro de estas, los actos administrativos,

¹³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires- Argentina, LexisNexis Abeledo-Perrot, Tomo III, Sétima edición actualizada, 2002, p 45.

¹⁴ *Ibidem.*, p 46.

¹⁵ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2011, p. 121.

proviene únicamente de los órganos *formalmente* administrativos, entendiéndose como tales los que forman parte de la Función Ejecutiva; y la segunda, mucho más avanzada y acorde a la realidad actual, con fundamento en el *carácter material u objetivo*, que considera como actos administrativos a todos aquellos que se derivan de la función materialmente administrativa que desarrolla también las demás funciones del Estado (Legislativo, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social).

Bajo esta concepción, al acto administrativo se lo distingue, más que por su forma, “por su contenido y esencia, así como por los efectos que produce”¹⁶, como bien lo hace notar, en nuestro medio, el destacado maestro y administrativista Marco Morales. A más de las dos concepciones referidas, hay que sumar una tercera, que considera que son actos administrativos todos aquellos en los que se deba aplicar el Derecho Administrativo, de donde surge la corriente conceptual del *derecho aplicado*¹⁷, como bien lo señala el citado autor ecuatoriano.

En otras palabras, si bien se reconoce que las diversas funciones del Estado, así como los organismos y entidades que forman el sector público¹⁸, cumplen una función natural que las diferencian de las otras, ello no impide o no excluye la posibilidad de que se lleven a cabo actividades de carácter administrativo. En la administración moderna, resulta inconcebible aislar la actividad administrativa de cualquier órgano o función del Estado; es por ello que el criterio orgánico o subjetivo resulta insuficiente para los fines de establecer una definición de acto administrativo, debiendo recurrir también a la naturaleza de la actividad administrativa para comprender mejor el significado de esta figura jurídica.

No se puede desconocer que las entidades y órganos del poder público, con independencia de la función para la que fueron creados, expresan sus actividades administrativas

¹⁶ Ibidem., p. 120

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Constitución de la República, Art. 225

a través de actos administrativos, aunque es claro que la mayoría de ellos provenga de la administración pública identificada mayoritariamente con el Ejecutivo, así como de las entidades que forman parte de los gobiernos autónomos descentralizados y de otras entidades distintas a las demás Funciones del Estado.

Las distintas definiciones que se han dado sobre acto administrativo por parte de los tratadistas, dejan entrever diferentes contenidos, lo que obedece con seguridad al desarrollo jurisprudencial, así como a los contenidos que encierran los distintos ordenamientos jurídicos a los que pertenecen. A fin de procurar recoger el pensamiento global de los administrativistas, citaremos a autores españoles, argentinos y ecuatorianos, con el fin de tener una visión mucho más amplia y clara de cómo se concibe a esta figura jurídica en las diferentes realidades del quehacer jurídico.

Los reconocidos autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, tomando como base la definición formulada por Zanobini, señalan que por acto administrativo se entendería la “declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”¹⁹.

Alfredo Gallego y Ángel Menéndez proponen la siguiente definición: “acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos”²⁰.

Para el argentino Juan Carlos Cassagne, la noción de acto administrativo comprende “toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función

¹⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá-Lima, 2008, Editorial Temis S.A., p. 526.

²⁰ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, *Op. Cit.*, p. 45.

materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto”²¹.

Miguel S. Marienhoff, sostiene que acto administrativo es “toda declaración, disposición o decisión de autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico”²².

Por su parte, Roberto Dromi expresa que acto administrativo: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”²³.

En nuestro medio, Marco Morales define al acto administrativo como “una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular”²⁴.

Para concluir con este repertorio de definiciones, se hace presente que nuestro ordenamiento jurídico, a través del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE²⁵–, recoge de forma casi textual la definición que sobre acto administrativo ha formulado el reconocido tratadista Roberto Dromi. En efecto, el Art. 65 de este Estatuto dice:

²¹ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit., p. 47.

²² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 3era Edición, 1988, p. 260.

²³ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Madrid-México, Hispania Libros, 12ª. Edición, 2009, p. 255.

²⁴ Marco Morales Tobar, Op. Cit., p 120.

²⁵ Independientemente de la las diversas posiciones doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica del ERJAFE al que lo califican como *decreto ley delegada*, en unos casos o como *reglamento autónomo o independiente*, en otros, lo cierto es que se trata de un acto normativo, emitido por el Presidente de la República (2002) en ejercicio de la potestad que le atribuía el Art. 171.9 de la Constitución Política de 1998 para regular la integración, organización y procedimiento de la Función Ejecutiva. Se trata por lo mismo, de un cuerpo normativo preconstitucional (frente a la vigente Constitución de la República), cuyo contenido normativo debe ser revisado al amparo de los principios, valores y reglas que establece la vigente Norma Suprema, ampliando su ámbito de aplicación a todas las esferas de la administración pública, pues, como ya se anotó, los actos de la administración pública provienen de todos los organismo y entidades que despliegan actividades materialmente administrativas y no únicamente de la Función Ejecutiva.

“Acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Del análisis de las definiciones expuestas se concluye que todas ellas establecen como características del acto administrativo, las que a continuación desarrollaremos:

- i) Declaración unilateral de voluntad
- ii) Efectuada en el ejercicio de una función administrativa
- iii) Productora de efectos jurídicos particulares

i) El acto administrativo es sin duda una *declaración unilateral de voluntad*, o *declaración intelectual* como anotan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en contraposición a las actividades puramente materiales. Además, la unilateralidad se explica por cuanto la expresión de la voluntad no nace de la concurrencia de voluntades –lo que es propio del contrato–, sino que supone la aplicación del derecho objetivo por una autoridad que está facultada para ello.

La declaración de voluntad es unilateral, aunque parte de la doctrina admite que puede ser bilateral en aquellos casos en los que para su formación o en sus efectos, se requiere la concurrencia de dos o más sujetos de derecho, como cuando se necesita de una solicitud previa o la aceptación del administrado. Dromi refuta esta posición teórica, señalando que: “La voluntad del administrado no es elemento esencial del acto, ni presupuesto básico de él”²⁶, de tal suerte que aun en los casos en los que la formación de la voluntad requiera de la concurrencia de otro sujeto de derecho, el acto administrativo emana de la sola voluntad de la autoridad, en uso de la competencia que la disposición normativa atribuye al órgano.

En cuanto a la forma de exteriorización de la declaración de voluntad, esta puede darse a través de una manifestación escrita, como es lo común en la administración, o bien a través de

²⁶ Roberto Dromi, Op. Cit., p. 339.

símbolos del lenguaje hablado y signos convencionales. Al respecto, vale la pena aludir, aunque sea de modo breve, lo que la jurisprudencia ecuatoriana ha señalado frente a las alegaciones de que el acto administrativo es inexistente por no contar con un documento que exprese la voluntad de la autoridad. Así, en un fallo expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, se argumentó que para que exista acto administrativo no se requiere necesariamente que la voluntad del administrador aparezca “materialmente” expresada en un documento, dado que pueden existir actos administrativos a los que la doctrina los denomina “tácitos”, cuando el comportamiento, la conducta, la actitud de un servidor público llevan de forma inequívoca a la conclusión de que se ha hecho una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos individuales y directos²⁷.

La voluntad es el querer o la intención de la administración pública para emitir un acto. En ella concurren elementos subjetivos y objetivos. Los primeros dependen del funcionario público y tienen relación al acto concreto, mientras que los segundos constituyen la voluntad del legislador, sin conocer las circunstancias particulares de cada caso.

La voluntad puede ser expresa o tácita. La primera se cumple cuando la administración exterioriza su voluntad de manera oral o escrita, o por símbolos o signos, como ya se precisó en líneas anteriores; por el contrario, la voluntad es tácita cuando opera el silencio administrativo, en la forma prevista en el ordenamiento jurídico.

ii) El acto administrativo es el resultado del ejercicio de la *función materialmente administrativa* (carácter material u objetivo), con independencia del órgano que lo emite. Puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa, o de las entidades públicas no estatales, como en el caso de las universidades privadas.

²⁷ Sentencia de 17 de mayo de 2004 emitida por Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, citada por Marco Morales, Op. Cit., p. 124.

Roberto Dromi reflexiona sobre esta característica del acto administrativo manifestando que: “El acto administrativo es dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar qué órgano lo ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo, judicial) e incluso de entes públicos no estatales”, lo que nos lleva a concluir que lo que caracteriza al acto administrativo no depende tanto del órgano que lo expide, sino de su esencia, ligada al ejercicio mismo de la actividad administrativa de cualquier órgano con potestad para emitirlo.

iii) La actividad de la administración pública se exterioriza a través de diferentes manifestaciones, de las cuales unas *producen efectos jurídicos* y otras no. Es característica esencial del acto administrativo la producción de efectos jurídicos, es decir, la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones tanto para la administración como para el administrado.

Decir que los efectos del acto son particulares significa que la afectación es individual. En otras palabras, el acto administrativo produce efectos jurídicos subjetivos e inter partes, como en el caso de una licencia para estudios, a diferencia del acto normativo, cuyos efectos son objetivos, generales, indeterminados, como ocurre en los reglamentos.

Existen ocasiones en las que el acto administrativo puede tener como destinatario una pluralidad de sujetos, como cuando se anuncia una convocatoria a un concurso público o una convocatoria a elecciones; en estos casos, los efectos particulares vienen dados no porque el destinatario sea un sujeto determinado y determinable, sino por la relación inter partes entre la administración y los administrados, y son directos al no estar condicionados a la emisión de un acto posterior.

2.2.Elementos

Una vez que hemos analizado el concepto del acto administrativo y sus características principales, lo siguiente será hacer una revisión de sus elementos. El estudio de los elementos que configuran al acto administrativo son de tal importancia, al punto que los vicios que pudieran afectar los elementos del acto influirán directamente sobre su validez y eficacia.

La doctrina ha determinado una tríada de elementos para caracterizar al acto administrativo: *subjetivos* (competencia, investidura legítima del titular del órgano); *objetivos* (presupuestos de hecho, finalidad, causa, motivación, plazo, objeto), y *formales* (procedimiento, forma de la declaración)²⁸. Veamos a continuación en qué consiste cada uno de ellos:

Elementos subjetivos: competencia e investidura del titular

a) La competencia.- Lo que la capacidad es en el ámbito privado, la competencia es en la esfera pública. Esta, al igual que la capacidad, nace de la ley, y de acuerdo con el principio de legalidad, en el ámbito público, la competencia ha de ser expresa. De alguna manera se podría decir que la competencia en el ámbito público es la excepción y la incompetencia es la regla, pues, en principio al menos, todos los entes públicos son incompetentes para emitir cierto tipo de actos, a menos que la ley les otorgue tal competencia. En esta línea de pensamiento, Dromi manifiesta que: “Mientras que en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma”.

La competencia se estructura por el conjunto de funciones o atribuciones que una norma del ordenamiento jurídico atribuyen a una entidad pública u órgano de la administración, para que esta pueda actuar de modo legítimo. La competencia constituye la capacidad de obrar de un ente u órgano administrativo, de tal suerte que el acto administrativo, para ser considerado como

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit. , p. 530.

tal, debe provenir necesariamente de un órgano competente según el ordenamiento jurídico. Ahora bien, dado que el ente estatal es relativamente incapaz, este tiene que actuar a través de un tercero –persona natural que ostenta la calidad de autoridad– el cual lo hace siempre en razón del ejercicio de las competencias que la ley le ha asignado al órgano.

La competencia en el ámbito administrativo –a decir de Roberto Dromi– se rige por los siguientes principios:

- Es indelegable e improrrogable;
- Ha de ser expresa, vale decir, debe estar respaldada por una norma previa; y,
- Es irrenunciable.

El primero de los principios establece que la competencia es indelegable e improrrogable, es decir, la competencia debe ser ejercida de modo exclusivo por el órgano con atribución legal para ello, a no ser que sea la misma norma la que permita un proceso de descentralización, delegación o avocación. Si la norma llegare a establecer que determinada competencia es exclusiva respecto de determinado órgano, no sería dable aplicar los otros procesos.

Bajo el segundo principio ha de entenderse que la competencia debe estar establecida de manera expresa en una norma del ordenamiento jurídico, sin que pueda presumirse su existencia. La competencia se otorga de forma expresa por una norma jurídica, solo entonces se reputará legalmente su existencia.

El tercer y último principio determina que la competencia es irrenunciable, lo que implica que la persona u órgano público están vinculados a ella, pues su ejercicio constituye una verdadera obligación.

De tal suerte que un acto administrativo se reputa válido y eficaz, siempre y cuando provenga de un órgano con competencia y en ejercicio de las atribuciones que le confiere una norma jurídica en razón de los siguientes criterios: la materia, el territorio, el tiempo y el grado.

Según la *materia*, el ente u órgano público es competente para ejercer las actividades administrativas que legítimamente le han sido asignadas. Así por ejemplo, el Ministerio de Relaciones Laborales ejercerá su competencia administrativa en el ámbito de las relaciones laborales y no en las de defensa que son propias del Ministerio del Ramo. El *territorio* limita el ámbito espacial en que debe ejercerse la competencia; en tal virtud, por ejemplo, la Gobernación de la provincia del Guayas es competente en dicha jurisdicción y no en la de otra provincia. El *grado* implica que la competencia se distribuye entre los órganos de un mismo ente público, en observancia a la jerarquía establecida; así, el inferior en grado siempre estará subordinado al superior. Dado que la competencia es improrrogable, tanto el inferior como el superior están impedidos de adoptar las decisiones asignadas a cada grado. Finalmente, el *tiempo* tiene relación al ámbito de temporalidad en el que se ejerce la competencia. Bajo este criterio, la competencia puede ser permanente, temporaria o accidental.

Según lo dicho, los criterios de competencia aludidos deben concurrir de manera simultánea para que el acto expedido se repute válido; así lo enseñan con suma claridad García de Enterría y Ramón Fernández quienes manifiestan que “[...] en un órgano deben confluír todos los criterios de competencia (material, territorial, temporal) para que, en ejercicio de la misma, pueda dictar válidamente el acto administrativo que dicha competencia autorice”²⁹. Como se verá más adelante, si no se observan tales criterios el acto incurre en vicios de legalidad que terminan afectando su validez, dando lugar a lo que se conoce como vicios de incompetencia.

b) La investidura del titular del órgano.- Ha quedado claro que el acto administrativo debe emanar de un órgano competente de la administración; sin embargo, se debe tener presente que esa competencia se exterioriza a través de una persona natural que ejerce la titularidad del órgano

²⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo...* p. 532.

y es quien manifiesta la voluntad administrativa. Para que la persona física pueda actuar en representación del ente público, es necesario que cuente con una investidura legítima, es decir, debe tener un nombramiento que la acredite como tal y posesionarse en un acto que, más allá de constituir un hecho simbólico, fija el momento a partir del cual se ejercitan las facultades administrativas.

La investidura del titular, en ciertos casos, puede ser determinante para la existencia misma del acto administrativo –tal es el caso de una sanción disciplinaria impuesta por un funcionario distinto a la autoridad nominadora o su delegado–; sin embargo, no siempre podrá considerarse como determinante en el caso de una nulidad absoluta, por ejemplo, la absolución de una consulta por parte de un funcionario del Ministerio de Relaciones Laborales que no se hubiere posesionado legalmente o cuyo nombramiento resultare inválido con posterioridad. En este último ejemplo, juegan un papel importante los principios de la buena fe y la seguridad jurídica, pues para que el acto administrativo se mantenga como tal, debe generar razonable confianza en el administrado, pese a la irregularidad de la que podría estar cubierta la investidura del titular del órgano administrativo.

Elementos objetivos: presupuesto de hecho, finalidad, causa, motivación y objeto

a) Presupuesto de hecho.- Es importante recordar que es la Ley la que conecta cierta consecuencia jurídica a un presupuesto de hecho específico, dado que, como bien lo anotan García de Enterría y Fernández, la estructura de toda proposición normativa comporta un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. De tal manera que es la misma disposición jurídica la que, frente a determinados presupuestos de hecho o situaciones fácticas, señala los efectos y sus límites.

Para los reconocidos tratadistas españoles, el presupuesto de hecho es siempre un elemento reglado del acto, lo que se refleja en aquellas situaciones materiales perfectamente

determinadas (cumplimiento de cierta edad para jubilar a un servidor, la existencia de una vacante para el otorgamiento de un nombramiento, etc.), aunque en algunos ocasiones pueden presentarse situaciones un tanto ambiguas y más complejas, frente a las cuales se necesitará aplicar conceptos de valor o de experiencia (idoneidad, honorabilidad, urgencia, peligro, etc.). Lo mismo sucede en los casos en los que deba aplicarse la facultad discrecional, pues, aun en esta eventualidad, es la ley la que condiciona toda la actividad administrativa.

b) Finalidad.- Elemento distinto al *presupuesto de hecho* es el *fin* que el propio legislador ha establecido, de forma explícita o implícita, al conferir las competencias a los entes u órganos públicos, las que se materializan, como ya hemos visto, a través de la persona natural que ha sido investida para el ejercicio de las potestades públicas. El fin no es otro que el interés general consagrado en la propia norma, o dicho en otras palabras, el acto administrativo, en cuanto exterioriza el ejercicio de una facultad administrativa, debe tener como horizonte el fin público específico para el cual ha sido conferida, incurriendo en el denominado vicio de desviación de poder si se aparta de tal finalidad o pretende servir a una distinta, aun en el evento de que sea otra finalidad pública. Roberto Dromi, con respecto al fin y la desviación del poder, señala:

En la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad, con las siguientes modalidades: 1. Fin personal, cuando el acto ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.). 2. Fin extraño, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo, si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contrata con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato. 3. Fin administrativo distinto al de la ley, cuando se protege un interés de carácter general pero diverso de aquel querido por la ley de la función. Este es un caso bastante común de desviación de poder. El funcionario imbuido de un erróneo espíritu fiscalista

y estatista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado. Por ejemplo, al aplicar el mayor número de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas sino para obtener fondos para la comuna, o usa de las facultades que le confiere el estado de sitio para fines comunes de control de la moralidad u otros fines³⁰.

e) Causa.- Dejando de lado la controvertida discusión doctrinaria de quienes consideran que la causa no es un elemento esencial ni autónomo del acto, hasta quienes, por el contrario, identifican la causa con el fin de interés público, lo cierto es que todos admiten su existencia. La causa, como lo anotan ciertos autores, constituye el “porqué” del acto. Este razonamiento se explicaría con el siguiente ejemplo: en la destitución de su servidor público, la causa de tal sanción es el cometimiento de una falta grave establecida en la LOSEP, verbi gracia, el abandono del lugar del trabajo por más de tres días laborables consecutivos. La causa se constituye con los presupuestos de hecho y de derecho que justifican la expedición del acto administrativo, o como bien lo anota Marco Morales en su Manual de Derecho Procesal Administrativo, antes de la ejecución del acto siempre existen razones, motivos, circunstancias que constituyen la justificación de la ejecución o realización de determinado acto; de lo que se deduce que la causa viene a constituir un elemento esencial, autónomo y distinto del acto administrativo³¹, que impone al responsable del órgano administrativo la realización de determinado acto³².

d) La motivación.- Pese a que en algunas obras de derecho administrativo se ubica a la motivación como uno de los elementos formales del acto administrativo, el criterio que prevalece

³⁰ Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, p. 474.

³¹ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit. , p. 105.

³² Marco Morales Tobar, Op. Cit.,p. 150.

en la actualidad es que se trata de un elemento esencial. Y es esta posición la adoptada por nuestra legislación, al punto que la Constitución de la República (al igual que lo hizo la anterior Constitución Política), concibe a la motivación como una de las garantías básicas del debido proceso, cuando señala en su artículo 76 numeral 7 literal 1) que: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

La necesidad de motivar las resoluciones, fallos y actos administrativos es uno de los elementos que tiene por objeto desterrar la arbitrariedad del poder público. Si bien en la actualidad –bajo el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia– esta garantía es de cumplimiento inmediato en observancia del carácter normativo de la Constitución, se debe recordar que anteriormente, bajo la influencia del sistema *legocentrista*, su aplicación estuvo condicionada al desarrollo normativo secundario, así, tanto la Ley de Modernización (Art. 31) como el ERJAFE (Art. 122), establecieron la necesidad de que los actos de la administración pública, para su validez se encuentren debidamente motivados. En efecto, la disposición contenida en el artículo 122 del ERJAFE señala que la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación, entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.

El carácter esencial de la motivación en los actos de la administración pública ha sido incluso desarrollado por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, que en uno de sus fallos incorpora un interesante análisis de esta garantía aplicada a las resoluciones administrativas, como se verá enseguida. Pese a la importancia de los argumentos expuestos por la magistratura constitucional, considero que la carga argumentativa resulta inconveniente en este caso en particular, pues se trata de una acción extraordinaria de protección en la que se impugna un fallo

de la Corte Nacional de Justicia que declaró con lugar el recurso de revisión presentado por un ciudadano que había sido condenado por un delito de usurpación. Como se puede inferir sin mayor esfuerzo, en el juicio penal por usurpación nada podría discutirse en torno a la actuación administrativa del poder público. Pese a esta crítica respecto del proceder de la Corte Constitucional, vamos a citar la parte pertinente del fallo porque, como se verá, resulta muy esclarecedora en cuanto a dejar sentada la obligación y necesidad de motivar las resoluciones administrativas.

En efecto, el fallo señala: De este modo, la norma constitucional claramente establece que en toda resolución deben enunciarse normas o principios jurídicos en que se fundamente y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Esta norma hace de la motivación un elemento integrante de toda resolución administrativa por la que todo acto de potestad debe cumplir esta condición que no se limita a la sola invocación abstracta de normas, sino a la lógica o coherente vinculación entre las normas y el hecho o los hechos que son pertinentes a tales normas. Por tanto, la motivación no solo es elemento formal, en tanto requisito obligatorio de toda manifestación administrativa, sino elemento sustancial y de contenido expreso que da cuenta del mérito y la oportunidad de la resolución que se adopta que, por lo tanto, permite el conocimiento del administrado, no solo de las razones jurídicas atinentes a las competencias de la autoridad, sino también de aquellas que en orden al interés público, a su conveniencia, son propias de ser adoptadas. De acuerdo al mandato constitucional, la administración en todas sus manifestaciones debe expresar de modo sustantivo la razón y razones concretas de la facultad legal, abstracta de la autoridad contenida en la ley y los reglamentos. Por la motivación se garantiza al administrado el conocimiento de las actuaciones de la administración y por ella se faculta la tutela y control de las actuaciones administrativas³³.

³³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 004-13-SEP-CC (caso 0032-11-EP) del 21 de marzo de 2013.

La motivación ha dejado de ser un elemento a ser exigido solo en los fallos o en cierto tipo de actos de la administración, para convertirse en el elemento definitorio de la validez y eficacia de todos los actos administrativos, al punto que su inobservancia acarrea la nulidad del acto y la consecuente sanción en contra del servidor público responsable.

El requisito de motivar los actos administrativos es una obligación de la administración que se traduce en la explicación de las razones que se tuvo para expedir el acto, concatenando los antecedentes de hecho con los de derecho y la pertinencia en la aplicación de la norma a las situaciones fácticas. Por ello, como acertadamente lo anotan García de Enterría y Fernández: “Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”³⁴.

Ya dijimos al iniciar el estudio de la motivación que varios tratadistas han considerado a la motivación como un requisito formal, sin embargo, desde el instante en que se aprecia la naturaleza de garantía que representa para el administrado y la obligación que comporta para la administración, no queda duda que debe ser considerada como un requisito sustancial que no puede entenderse cumplido con la utilización de cualquier fórmula convencional.

Por regla general, todo acto administrativo debe ser motivado y la falta de este elemento puede conducir no solo a viciarlo en su forma, sino también puede derivar en un vicio de arbitrariedad o desviación de poder. La motivación se exime solo en los actos tácitos, puesto que en ellos, como es lógico suponer, ni siquiera se expresa la voluntad.

³⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., p. 546.

e) **Contenido.**- El contenido del acto administrativo lo encontramos en la declaración material incorporada en el propio acto, es decir, aquello que la administración enuncia, autoriza o manda hacer o no hacer; por ello, el contenido debe ajustarse no solo a lo que la norma jurídica dispone, sino a los principios que guían el ordenamiento jurídico, de tal suerte que resulte un acto legal pero además legítimo, lo que implica que el acto, a la par de cumplir con lo que dispone la ley, guarde concordancia con el fin que el mismo persigue.

Para Ramón Martín Mateo, el contenido del acto administrativo consiste en “la declaración que el propio acto incorpora y realiza. El contenido es la sustancia del acto, lo que se declara, lo que la Administración decide efectuar a través del mismo”³⁵. El mismo autor complementa los parámetros que comprenden el contenido del acto, señalando que: “El contenido debe ser, pues, lícito, esto es conforme a la legalidad; razonable, de acuerdo a lo que se propone; posible, en cuanto que elementales imperativos de eficacia hacen que un acto no pueda tener unas características tales que lo conviertan en inviable. Todo ello tiene trascendencia para poder precisar la existencia de posibles vicios de contenido, irrazonabilidad del acto, desproporcionalidad en la elección de medios, etc.”³⁶.

Según la doctrina, el contenido del acto puede ser: esencial, natural o accidental. Es *esencial* aquel que acompaña siempre y en cualquier caso al acto administrativo, dado que sin ello el acto no existiría como tal, *verbi gracia*, en un una autorización en la que se concede una beca de estudios de un servidor público se deberá expresar si se autoriza o no los estudios y si la beca es total o parcial; de lo contrario, el acto puede resultar vacío o intrascendente.

En nuestra legislación, el artículo 121 del ERJAFE establece como elementos sustanciales del acto: la indicación del titular del órgano; la indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular; la indicación de los fundamentos de hecho y las normas

³⁵ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2004, p. 120.

³⁶ *Ibidem.*, p 120.

aplicables al caso; y, la indicación de los actos de simple administración, informes, estudios a actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.

Es *natural*, aquel que pese a no haberse señalado de forma expresa en el acto administrativo, se considera propio o connatural al acto mismo. Siguiendo el ejemplo planteado, la concesión de la beca y el correspondiente permiso para estudiar llevará implícita la obligación del servidor de retribuir a la institución que lo auspició con los conocimientos adquiridos por el tiempo que establece la ley, pese a que ello no se haya expresado en el correspondiente permiso.

Finalmente, el contenido es *accidental o eventual* cuando la propia administración consiente en introducir expresamente determinados elementos relacionados con la condición, el modo o el plazo. Al ser elementos eventuales, estos pueden o no constar incorporados en el acto y su inclusión o no en nada afecta la naturaleza del acto.

La **condición** se entiende como el acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de los efectos jurídicos del acto administrativo. Evidentemente, en materia administrativa, la condición solo será aceptable siempre que vaya precedida de criterios de licitud y posibilidad.

El **modo** impone una carga u obligación al administrado. Aplicado al caso que se ejemplificó, el modo viene dado por la sanción (devolución de lo invertido) que se impondría al servidor en el evento de que este no apruebe sus estudios.

El **plazo o término** tiene relación con el momento en que el acto empieza a producir sus efectos o en el que cesan o se extinguen los mismos. De tal suerte que si el administrado ejecuta su obligación fuera del tiempo establecido en el acto administrativo, puede devenir una sanción.

Sobre el cómputo de plazos y términos, el ERJAFE en su artículo 118 establece las reglas de interpretación que se deberán tener en cuenta dentro de la actividad administrativa, señalando de modo general que siempre que la ley no establezca otra cosa, los plazos y términos expresados por días, se entienden como días hábiles.

f) Objeto.- En el acto administrativo el objeto viene dado por los bienes, actividades, hechos o situaciones jurídicas a los cuales se refiere o sobre las cuales se trata su contenido. De modo general se puede sostener que todo aquello que puede ser objeto de las relaciones de derecho público –bienes públicos y patrimoniales, actuaciones u omisiones– o –materia sobre la cual tenga competencia la administración pública–, puede constituir el objeto de los actos jurídicos de la Administración. El objeto tiene que ser cierto, claro, preciso y física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones o las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento administrativo. El objeto constituye el contenido mismo del acto, consiste en las medidas concretas que dispone el acto.

Elementos formales: procedimiento y forma

a) Procedimiento.- Tomando las palabras de Alfredo Gallego y Angel Menéndez, diremos que el procedimiento administrativo constituye una serie de actuaciones y trámites que se adelantan en la administración de forma ordenada y concatenada, y cuyos efectos jurídicos se hallan vinculados entre sí para producir una decisión administrativa³⁷.

La Administración tiene que ceñir sus actuaciones al o los procedimientos que le impone la norma jurídica. Así, el permiso municipal para construir estará precedido de la petición hecha por el administrado y respaldada por los informes técnicos; la sanción de destitución a un

Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, Op. Cit., p. 135.

servidor público de carrera, solo será posible luego haberse comprobado la falta en un sumario administrativo en el que se hayan observado todas las garantías del debido proceso y se haya permitido la defensa del servidor.

El procedimiento al que debe sujetarse la Administración para la producción de sus actos no se reduce a una cuestión meramente formal; por el contrario, el procedimiento administrativo constituye una garantía del debido proceso que garantiza a los administrados el respeto a sus derechos. No en vano la Constitución de la República señala que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden (civiles, administrativas, penales), se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá, entre otras garantías básicas, la de no ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (Art 76. 3).

Volviendo al ámbito administrativista, tal como lo señalan García de Enterría y Fernández, el procedimiento administrativo regula simultáneamente:

- En primer lugar, una actividad administrativa determinada para llegar a la fijación del supuesto de hecho del que hay que partir; vr. g. la instauración del sumario administrativo para establecer si se cometió o no la infracción administrativa por parte del servidor público;
- En segundo lugar, la participación de una pluralidad de sujetos o de órganos cuya función es contribuir en la formación del criterio sobre la cuestión a decidir. Siguiendo el ejemplo propuesto, el informe del director de Recursos Humanos, el resultado de una auditoría, etcétera;
- Luego, la necesidad de adoptar unas ciertas formas de actuación. Así, el procedimiento licitatorio para contratar la ejecución de obras, o la subasta inversa para la adquisición de

bienes y servicios; el proceso de evaluación o el concurso de méritos y oposición para la contratación de servidores públicos; y,

- Finalmente, la participación del o los sujetos (administrados) que deben tener la condición de partes en el procedimiento distintas de la administración actuante, y a quienes les asiste los derechos a la defensa en sus diferentes manifestaciones.

b) La forma.- Ha de entenderse por forma el modo como se instrumenta y se da a conocer el resultado de la voluntad administrativa. La forma de instrumentar el acto administrativo puede ser escrita, oral o simbólica.

El acto administrativo concebido como la conclusión necesaria de un procedimiento (como ya se analizó en el apartado anterior), *prima facie*, ha de expresarse por escrito. La forma escrita del acto administrativo obedece a un sinnúmero de razones, pero sobre todo a los propósitos de brindar certeza, valorar los fundamentos que sustentan las razones expuestas en la motivación y dotar de seguridad jurídica sobre las decisiones adoptadas. A ello ha de sumarse que solo la forma escrita del acto permitirá su notificación o publicación, las exigencias de su registro y constancia procesal, además de ser el único medio que le permitirá a la autoridad su ejecución de oficio, pues la forma escrita es la única que permitirá constatar el alcance y contenido de lo que se debe ejecutar, más aún cuando los actos administrativos comportan la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas determinadas.

García de Enterría y Fernández enseñan que se debe tener cuidado en confundir la forma escrita de producción con la forma escrita de la constancia³⁸. Lo normal es que los actos administrativos se expresen por escrito, lo que se verifica cuando se redacta en un documento la decisión en que consisten vr. g. el acto que contiene el nombramiento de un servidor público.

³⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., p. 544.

En nuestro ordenamiento jurídico, el ERJAFE, en el artículo 123 numeral 1, establece que los actos administrativos han de producirse por escrito; sin embargo, el numeral 2 ibídem contempla la posibilidad de que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, pero, en este caso si fuere necesario, el servidor público que recibió oralmente la disposición tendrá que sustentarla por escrito, expresando la autoridad de la que proviene.

Por otro lado, los mismos autores españoles destacan que las resoluciones y actos de los órganos colegiados que se generan luego de un proceso en el que se verifica una moción y su apoyo, la votación y la decisión mayoritaria de sus integrantes, con posterioridad deben constar en el acta respectiva y en el documento correspondiente que exteriorice cada una de las actuaciones adoptadas. Como es lógico concluir, en todos estos actos producidos de forma verbal, debe quedar constancia escrita de la expresión de voluntad.

Lo normal entonces es que los actos administrativos se expresen de forma escrita, sin embargo, se debe admitir la existencia de formas verbales, cuando el ordenamiento jurídico así lo prevea, tal el caso de sanciones disciplinarias impuestas por los superiores jerárquicos a los subordinados en los mandos militares o policiales y que luego son registradas en las hojas de vida del sancionado. Lo mismo puede suceder cuando, por las circunstancias, las declaraciones de voluntad tienen que expresarse verbalmente, so pena de perder su oportunidad y eficacia, como cuando se impide el ingreso a una vivienda de habitación dado el peligro y riesgo que pudiera representar una construcción en mal estado. Finalmente, hay que señalar que existen ciertas formas expresadas ya no de forma escrita o verbal, sino mediante signos o señales que contienen órdenes muy simples destinadas a un grupo indeterminado de personas que deben cumplirlas inmediatamente, tal el caso de las señales y símbolos de tránsito.

2.3. Clasificación

No resulta nada fácil intentar una clasificación de los actos administrativos, dado que ellos difieren dependiendo del concepto que cada autor tenga de la institución, así como el régimen jurídico aplicable. Lo que sí debe quedar claro es que, como bien lo anota Marienhoff, la clasificación de los actos administrativos no constituye una simple cuestión teórica, sino que tiene sus consecuencias prácticas, pues facilita la comprensión de la teoría general del acto administrativo³⁹. Dado el alcance de nuestro estudio, solo haremos una relación a los criterios de clasificación que mayor utilidad parecen tener en las distintas realidades jurídicas.

a) En cuanto a sus efectos: actos favorables y actos desfavorables o de gravamen

Actos favorables son aquellos que generan un efecto positivo sobre su destinatario, al otorgarle o reconocerle un derecho, o liberarlo de una limitación o de un gravamen. La doctrina reconoce como actos favorables a los que se generan en situaciones jurídicas como las que siguen: admisiones, concesiones, subvenciones, autorizaciones, aprobaciones, condonación de deudas, etc.

Actos desfavorables, en contraposición a los favorables, son aquellos que generan un efecto negativo al administrado, dado que restringen o limitan su actuación, o deniegan un derecho. Ejemplos de esta clase de actos son las sanciones, expropiaciones, prohibiciones o imposición de obligaciones o cargas.

Dado que los actos desfavorables tienen como consecuencia la afectación a derechos del administrado, estos han de ser motivados de manera expresa por la autoridad que los emite, puesto que solo así se posibilitará la defensa del afectado. No con esto queremos decir que los

³⁹ Miguel S. Marienhoff, Op. Cit., p. 401.

actos favorables no tengan que ser motivados, sino que en los segundos, la carga motivacional tendrá que ser mayor.

Acorde con estos postulados, nuestro Estado constitucional de derechos y justicia establece que las resoluciones (favorables o desfavorables) de los poderes públicos deberán ser motivadas, y agrega que, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, debiendo considerarse nulos aquellos actos que no se encuentren debidamente motivados (Constitución de la República Art. 76.7,1).

b) En cuanto al margen de libertad de la autoridad: actos reglados y actos discrecionales

Actos reglados son aquellos que se hallan debidamente normados por el ordenamiento jurídico, consecuentemente, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento, y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pública pueda hacer uso de una valoración subjetiva para emitir el acto.

Ya que en la administración pública lo que prima es el principio de legalidad, ha de entenderse que es la norma jurídica la base para la emisión de cualquier acto administrativo, y si tal vinculación es dispuesta por el ordenamiento jurídico, la actividad administrativa se entiende reglada o vinculada, razón por la cual a la administración no le queda sino realizar aquello que la ley le dispone, o como bien lo precisa Manuel María Díez: “En este caso (actividad reglada) la administración realiza una fiel ejecución de la ley, que no solamente señala el fin a realizar y la autoridad competente para ello, sino que establece además cómo y cuando esta debe actuar”⁴⁰.

⁴⁰ Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1963, p. 131.

Ahora bien, pese a que la administración se halla sometida al principio de legalidad, la doctrina enseña que aun en el caso de las actividades regladas se vuelve necesario reconocer a la administración la posibilidad de realizar un proceso intelectual que permita llevar a cabo las condiciones impuestas por el ordenamiento jurídico; de allí que aun en la actividad reglada, la misma ley pueda permitir a la administración determinadas apreciaciones subjetivas. Como dice Marienhoff, en el ejercicio de la actividad reglada, la administración se halla vinculada de manera estricta a la norma, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas, de modo que los actos reglados o vinculados han de emitirse en mérito a normas que determinan y reglan su emisión, no teniendo, por tanto, el poder de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta le está señalada de antemano por la regla de derecho.

El ejercicio de las potestades regladas o vinculadas conduce a la administración a constatar de manera precisa la ocurrencia del hecho legalmente definido y a aplicar en su presencia lo que la misma ley ha establecido. Ejemplo de un acto reglado es la designación de un servidor público tras haber concluido y ganado un concurso de oposición y méritos. En este caso, una vez cumplidos los condicionamientos previstos en las normas jurídicas, la administración debe conceder u otorgar el goce de ese derecho, en la forma que lo prevé la propia ley.

Actos discrecionales.- A diferencia de lo que ocurre con los actos reglados, donde la administración se somete a los lineamientos establecidos en la ley, en el ejercicio de las potestades discrecionales, la administración goza de una cierta libertad para poder actuar. La potestad reglada comporta la existencia de una norma jurídica que determina de manera conjunta el momento, el contenido y la forma de la actividad administrativa, la que se convierte en discrecional cuando alguna de dichas limitaciones desaparece.

La potestad discrecional implica para la administración la existencia de un margen de libertad en la toma de su decisión: ora en lo que concierne a la oportunidad o conveniencia de la

acción, ora en cuanto al contenido, ora en cuanto a la elección del destinatario. El margen de libertad que confiere la ley para tomar una decisión, de ninguna manera significa arbitrariedad. Tales preceptos se cumplen por ejemplo en los actos de designación o remoción de aquellos funcionarios considerados de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, la discrecionalidad administrativa de ninguna manera significa libertad absoluta de obrar, sino libertad de escoger el momento oportuno para decidir por una de varias opciones que se consideran igualmente válidas. En el ejemplo planteado, la autoridad puede ejercer su potestad discrecional designando al funcionario que, luego de haber reunido determinados requisitos legales, considere mejor a los intereses institucionales.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado. Aunque en principio pareciera que es así, lo cierto es que toda potestad discrecional y por lo tanto los actos emitidos bajo esta potestad, deben observar ciertos elementos esenciales para que se consideren como tales, así: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado, y el fin, caracterizado por que todo acto administrativo tiene como finalidad el interés público.

La existencia de actos discrecionales es una condición que se hace necesaria en toda administración; no obstante, también es necesario que existan límites a esas potestades para que el poder público no caiga en la arbitrariedad y los administrados no queden expuestos al simple arbitrio de los gobernantes.

c) En cuanto a los destinatarios: actos singulares y actos generales

Esta tipología de actos administrativos difiere básicamente por sus destinatarios, que puede ser un sujeto o sujetos concretos y determinados –actos singulares–, o una pluralidad indeterminada de sujetos –actos generales–.

En el presente trabajo investigativo, resulta de suma importancia la referencia a los actos de efectos generales, dado que es precisamente la falta de claridad conceptual de esta clase de actos –por sus efectos generales– y la confusión con los reglamentos –cuyos efectos también son generales– lo que pudo llevar al constituyente a establecer la acción de inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales, como si se tratara de una acción distinta a la acción de inconstitucionalidad de actos normativos.

Aunque la diferencia entre actos administrativos generales y reglamentos será motivo de un mayor análisis posteriormente, adelantamos que esta radica sustancialmente en el carácter ordinamental del que gozan los reglamentos. En otras palabras, los reglamentos, pese a las marcadas diferencias con la ley, en lo relacionado con el proceso de formación y el órgano legislativo del que provienen, entre otros aspectos, a nadie le queda duda que integran el ordenamiento jurídico –son normas– y por lo mismo, al igual que la ley, se aplicarán de manera sucesiva cada vez que se presenten las situaciones fácticas previstas en ellos, cosa que no sucede con los actos administrativos generales, que siempre serán resoluciones aplicativas de una norma jurídica, que no llegan a formar parte del ordenamiento jurídico al agotarse una vez que se han cumplido o ejecutado.

Para establecer si el acto administrativo es creador de situaciones jurídicas particulares o generales, como bien lo señala una parte de la doctrina, ha de estudiarse los *efectos* que de él se derivan. Si el acto es creador de una situación jurídica general, abstracta e impersonal⁴¹, estamos frente a un acto administrativo general; por el contrario, si el acto es creador de situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas, el acto administrativo será particular o singular.

⁴¹ Sentencia de 5 de diciembre de 1990, originaria del Consejo de Estado Colombiano, cita de Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo según la Jurisprudencia*, Tomo III, Bogotá-Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1993, p. 249.

En esta línea de pensamiento, el profesor colombiano Luis Enrique Berrocal Guerrero, con todo acierto, señala que los actos administrativos generales: “Son los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica objetiva, abstracta o impersonal, no relacionada directa e inmediatamente con persona determinada o determinable”⁴². El acto administrativo general se caracteriza por la *abstracción o indeterminación* de sus destinatarios o de las personas que pudiesen llegar a afectarse o beneficiarse por el acto, independientemente de que sus disposiciones sean permanentes o transitorias, de que sus efectos se agoten o consuman de manera instantánea, o del número de destinatarios o personas posiblemente afectadas.

Raúl Bocanegra Sierra también coincide con esta línea de pensamiento al analizar el alcance de los actos administrativos singulares y los actos generales. Dice el autor español que los primeros son aquellos que tienen uno o varios destinatarios, pero en todo caso plenamente determinados; en tanto que los segundos tienen como destinatario una pluralidad indeterminada, pero determinable de sujetos, o un número indeterminado de sujetos, no susceptible de ser determinado⁴³.

A modo de conclusión, diremos que el acto es singular o particular siempre que tenga como destinatario a un individuo o grupo de individuos perfectamente determinados y plenamente identificables; por el contrario, el acto será general cuando los sujetos destinatarios no estén plenamente individualizados, es decir, indeterminados. Desde luego que esta indeterminación –carácter general–, no es elemento suficiente para sostener que el acto general y el reglamento gozan de la misma categoría jurídica, pues, como ya se ha dicho, el acto general

⁴² Luis Enrique Berrocal: *Manual del Acto Administrativo*, Bogotá-Colombia, Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009, p. 136.

⁴³ Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid-España, Civitas Ediciones S.L., Segunda Edición, 2004, p.58.

tiene como fundamento situaciones específicas y se consume una vez ejecutado, en tanto que el reglamento integra el ordenamiento jurídico al regular conductas de manera abstracta y general.

Ya se dijo al inicio de este título que la doctrina es diversa en cuanto a establecer la tipología de actos administrativos, dependiendo de los sujetos que intervienen en su formación, su contenido, el procedimiento seguido para su adopción o para su impugnación, los destinatarios, sus efectos, etc.

Una vez analizados aquellos que creemos preponderantes para los objetivos del presente estudio, nos limitaremos a mencionar aquellos otros tipos de actos que recoge la doctrina, sin que de ninguna manera pretendamos agotar su enunciación. Así: actos simples y complejos; preparatorios y confirmatorios; internos y externos; expresos y presuntos; resolutorios y de trámite; preparatorios y decisorios.

3. Semejanzas y diferencias entre actos normativos y administrativos de efectos generales

Establecida la diferencia entre el acto administrativo singular y general, cabe ahora referirse a la distinción entre acto administrativo y acto normativo. Para ello partiremos del hecho de que los actos jurídicos de la administración pública pueden entenderse bajo tres categorías primarias fundamentales, como lo destaca Jorge Zavala Egas en sus *Lecciones de Derecho Administrativo*:

- i) las normas o disposición administrativas;
- ii) las resoluciones o actos administrativos; y,
- iii) los contratos administrativos⁴⁴.

A cada una de estas tres categorías se aplica un régimen jurídico básico que las diferencia entre sí, a la vez que cada categoría comprende una serie de conceptos distintos⁴⁵, así, el

⁴⁴ Jorge Zavala Egas, Op. Cit., p. 327.

reglamento y la ordenanza constituyen verdaderos actos normativos, en tanto que una licencia ambiental o una concesión constituyen actos administrativos de alcance particular; en tanto que una convocatoria a elecciones seccionales o generales, o una convocatoria a concurso público de merecimientos y oposición para llenar vacantes en el magisterio nacional, constituirá un acto administrativo de efectos generales. En todos estos casos se manifiesta el ejercicio de dos de las potestades de la administración pública: la normativa o reglamentaria y la administrativa.

Los ejemplos citados nos conducen necesariamente a la separación entre aquellos actos emitidos por la administración en ejercicio de sus funciones materialmente legislativas – reglamentos–, y los actos materialmente administrativos –actos administrativos– sean estos de efectos singulares o generales.

Mientras la norma jurídica presupone necesariamente la creación de derecho objetivo, el acto administrativo supone la aplicación del derecho objetivo, o como bien lo destaca el guayaquileño Jorge Zavala: “La distinción fundamental entre *normas o disposiciones* con *resoluciones o actos* y los *contratos* es, precisamente, que las primeras configuran parte del Derecho objetivo, pues, *lo crea o lo reforma*, mientras que las demás categorías (*resoluciones o actos y contratos*) son pura *aplicación* del mismo”.

En efecto, la Constitución, la ley, el reglamento, la ordenanza y cualquier otra norma jurídica, tal como se analizó en el título primero de este capítulo, constituyen actos jurídicos normativos, es decir, reglas de conducta a ser aplicadas en una sociedad cuando se verifica o se cumple el supuesto fáctico previsto en cada disposición prescriptiva. Todas estas normas obligan a la conducta humana de modo general, abstracto e impersonal; por el contrario, el acto administrativo, bajo el criterio material, no es más que la aplicación de lo que se manda, prohíbe o permite por uno de estos actos normativos.

⁴⁵ Gallego, Alfredo y Menéndez, Ángel, Op. Cit., p. 27.

Para la doctrina clásica, las normas jurídicas o proposiciones prescriptivas⁴⁶, para ser rigurosos en utilizar una expresión propia de la Teoría del Derecho, se caracterizan por su *abstracción, generalidad e impersonalidad*, en tanto que el acto administrativo lo es por su singularidad y concreción⁴⁷. Se sostiene que si un acto está destinado a un número indeterminado de individuos –generalidad–, sin relación a situaciones concretas de los destinatarios –abstracción e impersonalidad– el acto es normativo⁴⁸; en tanto que el acto administrativo se caracteriza por su concreción y su carácter singular⁴⁹.

Estos elementos –generalidad, abstracción e impersonalidad–, aplicados al acto reglamentario, conducen a pensar en su equiparación con los actos normativos. Pese a lo señalado, hay que advertir que, en la práctica, a menudo nos encontramos con actos normativos, incluyendo ciertas leyes cuyo carácter es concreto al tener como destinatario una persona o grupo de personas determinadas o determinables, tal es el caso, por ejemplo, de las Leyes mediante las cuales el legislador aprobaba la creación de una universidad. En contraposición, el poder público, en ejercicio de su actividad administrativa, genera actos que pueden llegar a tener efectos generales sin que por ello puedan catalogarse como actos normativos, verbi gracia, la convocatoria efectuada para que se lleve un proceso eleccionario, como ya se mencionó.

Tanto el reglamento como el acto de alcance general comparten el destinatario indeterminado, ya que en ambos casos se dirige a sujetos que se encuentran en un determinado estado o situación de hecho –carácter general–; sin embargo, las diferencias radican en que el acto de alcance general se funda en situaciones concretas y su resultado es único e irrepetible, en

⁴⁶ Norberto Bobbio, Op. Cit., p. 41.

⁴⁷ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, Op. Cit., p. 29

⁴⁸ Ibidem., p. 29.

⁴⁹ Roberto Dormí, Op. Cit. P. 251, entre otros.

tanto que el reglamento tiene por sustento y objetivo regular conductas en términos abstractos y atemporales.

Un segundo criterio que se ha esgrimido para diferenciar un acto normativo de uno administrativo es aquel relacionado con la capacidad de crear *derecho objetivo*⁵⁰. El derecho objetivo, así concebido, puede ser creado de forma abstracta y general o de forma concreta y particular.

El problema de esta concepción consiste en establecer qué ha de entenderse por crear derecho objetivo. Si entendemos que crear derecho objetivo es generar una norma que forma parte del ordenamiento jurídico de la cual se derivan derechos subjetivos y deberes para los destinatarios, bien podría afirmarse, entonces, que aun las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, cuando establece reglas de alcance general, crean derechos y obligaciones, y por lo tanto también sus decisiones deberían considerarse como derecho objetivo. De hecho, a diferencia del juez negativo que consagraba el texto constitucional de 1998, el carácter de juez activo que pesa sobre la magistratura constitucional actual, y las amplias facultades para emitir distintos tipos de sentencias que permiten normar determinadas situaciones sociales, llevan a pensar que los fallos de la Corte pueden entrar en esta categoría de derecho objetivo.

Un criterio final para diferenciar el acto normativo del administrativo es el denominado criterio *ordinamentalista*⁵¹, según el cual, el acto administrativo se agota con su cumplimiento, en tanto que el acto normativo se afirma. En otras palabras, la diferencia entre actos normativos –Reglamento– y actos administrativos, se sustenta en que los primeros forman parte del ordenamiento jurídico, mientras que los segundos son algo “ordenado”, producido en el seno del mismo ordenamiento jurídico y previsto por este como simple aplicación del mismo. Bajo esta

⁵⁰ Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco: *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, Tomo I, Quito- Ecuador, 2011, p. 56

⁵¹ Alfredo Gallego Anabitarte y Angel Menéndez Rexach, Op. Cit., p.29

misma óptica, se sostiene además que el reglamento innova el ordenamiento, en tanto que el acto se limita a aplicar lo que dispone el propio ordenamiento a un supuesto dado o previsto por dicho ordenamiento⁵².

El criterio ordinalista, al que cierta parte de la doctrina moderna lo ha denominado, con mayor acierto, *teleológico*⁵³, se explica por la finalidad de las decisiones estatales; por ello, Carlos Balbín explica que “el acto es normativo si el fin que persigue es integrar el ordenamiento jurídico con propiedades de estabilidad. Por el contrario, si el acto fue dictado con fines de oportunidad (cambiante) y no de integración, entonces es un acto ordenado, pero no normativo”⁵⁴.

En este sentido, parafraseando al citado autor, el reglamento integra el ordenamiento jurídico porque añade elementos normativos nuevos, lo que no sucede con el acto de alcance general que no forma parte del ordenamiento porque una vez cumplido su objeto agota su contenido y su razón de ser.

En consecuencia, lo que caracteriza a los actos administrativos no es la generalidad o singularidad de los destinatarios, sino el agotamiento del acto por su cumplimiento, lo que permite concluir a su vez que el acto normativo es fuente permanente de derecho, lo que no ocurre con el acto administrativo que se agota con su ejecución.

Estos criterios diferenciadores entre acto normativo y acto administrativo han sido expuestos por la justicia constitucional a lo largo de su historia, siendo el ex Tribunal Constitucional el que por primera vez, en una de sus resoluciones, sentó los criterios conceptuales en torno al tema. Por la claridad de lo allí expuesto, haremos una cita de la parte fundamental de tales razonamientos:

⁵² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., p. 161.

⁵³ Carlos F. Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley S.A.E., 1ª.ed. Tomo III, 2010, p 251

⁵⁴ *Ibidem.*, p 251.

[...] lo propio del acto administrativo viene dado por la singularidad del asunto sobre el cual trata, antes que por el número de destinatarios; mientras que lo característico del reglamento (acto normativo) está dado por la innovación del ordenamiento jurídico que comporta. En efecto, el reglamento (acto normativo) contiene auténticas normas de derecho, destinadas a regular la conducta en forma preceptiva, abstracta e impersonal, razón por la cual el artículo 80 del Estatuto (ERJAFE) se refiere a efectos generales objetivos. Por el contrario, el acto administrativo aplica las normas jurídicas a los casos concretos y versa sobre asuntos particulares, respecto de los cuales tratará su contenido y objeto, razón por la cual se habla de situaciones jurídicas y efectos jurídicos individuales. Los actos administrativos deben dirigirse precisamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de una relación jurídica, o en la declaración (o no declaración) vinculante de un derecho o de un deber o de cualquier circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación (Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, Lecciones sobre el acto administrativo, 2ª. Ed., Madrid, Thompson – Civitas, 2004, Pg. 33). Pero tales efectos no se refieren necesariamente a individuos determinados, sino a lo concreto y particular del asunto, y al contenido y objeto del acto. Además, y como ya se advirtió, el acto administrativo aplica la norma y es expresión de la misma, mientras que el reglamento innova el ordenamiento jurídico. Por ello, García de Enterría y Fernández destacan que la diferencia sustancial entre reglamento y acto administrativo no es simplemente cuantitativa, sino de grado. Por último, cabe destacar que el acto administrativo se agota cuando se ejecuta y cumple; el reglamento no se consume con su aplicación al caso singular, sino que se mantiene indefinidamente en su carácter ordenador de la vida social, precisamente, porque contiene normas de derecho (Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, I, 5ª. Ed., Madrid, Civitas, 1989, Pgs. 201-204; 533-534 (...)⁵⁵.

⁵⁵ Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución 0488-2004-RA, publicada en el R.O. 396 de 10 de agosto de 2004.

Queda claro entonces, que al igual que la doctrina dominante, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana coincide en señalar que no bastan los criterios tradicionales de abstracción, generalidad e indeterminación para separar al acto normativo –reglamento– del acto administrativo de efectos generales. Lo que realmente marca la diferencia entre el uno y el otro es la finalidad de integrar el ordenamiento jurídico, en el caso del reglamento, y la oportunidad cambiante y no de permanencia del acto administrativo.

Entre los estudiosos del derecho administrativo existe la tendencia a asimilar al acto administrativo general con el acto reglamentario, independientemente de las formas en que se haya exteriorizado (reglamento, decreto, resolución, ordenanza, etc.). A esta forma de expresión de la voluntad del poder público, el conocido tratadista Roberto Dromi la denomina “reglamento administrativo”, en contraposición al acto administrativo *strictu sensu*, que se caracteriza por producir, como ya se dijo, efectos jurídicos subjetivos e individuales. Señala el autor argentino que: “El reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa”⁵⁶, con lo cual se excluye al acto administrativo de efectos subjetivos.

La distinción entre reglamento y acto administrativo queda plasmada en una cita hecha por el citado autor argentino en su tratado de *Derecho Administrativo*, como parte de una sentencia habida dentro de un juicio contencioso administrativo, la que por su contenido esclarecedor bien vale la pena recogerla *in extenso*:

[...] a diferencia del acto de alcance particular, el reglamento... regula situaciones impersonales y objetivas... produce efectos jurídicos generales, indeterminados, generando derechos y obligaciones sin consideración a las singularidades o subjetividades. Sus efectos normativos se imponen como acto-regla, tanto a la Administración como a los administrados... Técnicamente,

⁵⁶ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 3era Edición, 1997, p. 243.

el reglamento no es una ley pero participa de sus caracteres esenciales...” (CamNacContAdmFed, Sala II, 13/3/01, “Finexcor S.A. c/Estado nacional (Mo de Economía) s/ juicio de conocimiento”)⁵⁷.

Al igual que Dromi, García de Enterría y Fernández coinciden en señalar que el Reglamento establece disposiciones jurídicas que regulan la conducta de los individuos de una sociedad, a través de preceptos de carácter general, abstractos e impersonales. Y, en esta misma línea de pensamiento, Ramón Martín Mateo señala que el contener normas jurídicas distingue a los reglamentos de los actos administrativos⁵⁸; en tal virtud, a diferencia de quienes consideran que el reglamento es una especie de acto general, los referidos autores, con quienes coincidimos, sostienen que el reglamento es un acto normativo, pues el acto reglamentario presenta características propias de la norma y distintas del acto.

El Reglamento y el acto administrativo difieren fundamentalmente en aspectos como la publicidad, extinción, protección jurisdiccional, jerarquía, retroactividad, etc.,⁵⁹ como bien lo anota y analiza el tratadista Juan Carlos Cassagne, para quien el acto administrativo es “toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto”, de tal suerte que para este autor, lo esencial del acto administrativo viene dado por el hecho de producir efectos jurídicos subjetivos, y no de alcance general.

En otro aspecto, hay que tener en cuenta que el carácter distintivo del reglamento frente a la ley es la función para la que fueron creados. La facultad reglamentaria deviene en auxilio de la

⁵⁷ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo...* Op. Cit., p. 417.

⁵⁸ Ramón Martín Mateo, Op.Cit., p. 103.

⁵⁹ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit., p.52.

administración pública para hacer eficaz su gestión. El reglamento solo puede regular las competencias otorgadas a la administración en los aspectos administrativos; tiene su origen en la administración pública dotada de expresas facultades reglamentarias; en tanto que la ley proviene de un órgano en apariencia independiente (Asamblea) del que va a aplicar las leyes.

El reglamento se origina en la voluntad de una autoridad administrativa y, como acertadamente lo anota el profesor y tratadista Juan Carlos Benalcázar, contiene auténticas normas de derecho que forman parte integrante del ordenamiento jurídico, con un específico lugar dentro de la jerarquía normativa, subordinado a la Ley y a la Constitución; por ello, al igual que cualquier norma jurídica, el reglamento goza de las características de generalidad, abstracción y obligatoriedad, pues está dirigido a establecer un cierto orden y disciplina para un número indeterminado de personas y casos⁶⁰.

Profundizando las diferencias entre reglamento y ley, Roberto Dromi sostiene que entre estas dos clases de actos normativos hay dos características que las hacen similares, y es que tanto el reglamento como la ley son normas escritas de carácter general, pero difieren tanto en cuestiones formales relacionadas con los procedimientos de formación, como en aspectos sustanciales, basados en razones de orden político, institucionales y jurídicas.

Martín Mateo agrega que si bien los reglamentos constituyen disposiciones de carácter general y de rango inferior a la ley, aquellos se equiparan en cuanto a su fuerza y vigor a la propia ley. Los reglamentos, a pesar de provenir de la potestad administrativa, son verdaderas normas jurídicas que se hallan sujetas a los dictados de legalidad, y para mantener conformidad con el ordenamiento jurídico deben necesariamente observar y respetar las disposiciones

⁶⁰ Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2007, p. 132.

emanadas de los escalones normativos superiores e ir prolongando sus efectos a situaciones concretas⁶¹.

Por último, hemos de anotar que las diferencias entre acto normativo reglamentario y acto administrativo se vuelven aún más evidentes si se tiene en cuenta el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos en aspectos básicos como el de la inderogabilidad, los mecanismos o vías de impugnación, la legitimación para ejercitar las acciones y los efectos de la revocatoria o declaración judicial de nulidad a que puede haber lugar.

4. El acto administrativo y su fundamento en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Más allá de las diversas lecturas e interpretaciones que se han hecho sobre el alcance de la expresión Estado constitucional de derechos y justicia, nos interesa destacar que este modelo de Estado procura equilibrar las legítimas prerrogativas de la administración pública y los derechos reconocidos a los ciudadanos. Estos –los derechos– constituyen límites de toda actuación del poder público.

Los derechos constitucionales representan la piedra angular sobre la que descansa el nuevo modelo de Estado constitucional. Replicando las palabras de Robert Alexy, de que el Estado social de derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para que los individuos disfruten de sus derechos en la mayor medida posible⁶², en el Estado constitucional esta idea se cumple a plenitud, dado que, como bien lo expone Luigi Ferrajoli, los derechos constitucionales

⁶¹ Ramón Martín Mateo, Op. Cit., p. 103.

⁶² Robert Alexy: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y filosofía del Derecho No. 28, 2003 Presentación y Traducción de Carlos Bernal Pulido, p 2.

son la base y fundamento del Estado constitucional, constituyéndose en vínculos pero también en límites de toda actuación administrativa.

Los derechos constitucionales se materializan mediante el ejercicio de las garantías como mecanismos que permiten su respeto y cumplimiento por parte de los poderes públicos y privados. Las garantías se convierten así en condición de validez de los derechos; son como la otra cara de una misma moneda. Así, de un lado existen los derechos y del otro las garantías. Parafraseando a Ferrajoli, se puede decir que sin garantías los derechos realmente no existen; que las garantías son vínculos y límites de los derechos y, a su vez, vínculos y límites de la democracia; sin garantías no sería posible la vigencia de los derechos⁶³.

La Constitución de Montecristi ha sido calificada como *garantista* por que ha previsto garantías para la protección de todos los derechos reconocidos y contra todo poder⁶⁴. Dentro de las garantías constitucionales destacamos las denominadas garantías normativas, por las cuales la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa está en la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público (actos administrativos) atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Art. 84 de la Constitución).

Lo dicho nos lleva a la necesaria conclusión de que los actos normativos (leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.), así como los actos administrativos, solo se considerarán válidos

⁶³ Luigi Ferrajoli, Conferencia dictada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 28 de junio de 2011.

⁶⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p 147.

si reconocen y respetan los derechos de los administrados y observan el principio de jerarquía normativa establecido en la propia Constitución.

El acto administrativo encuentra su fundamento en el Estado constitucional de derechos cuando ha sido emitido con respeto a los derechos constitucionales de los ciudadanos, pues toda actuación de la administración se encuentra limitada y vinculada por estos. Si ello no ocurre así, se activan las garantías jurisdiccionales para corregir los yerros de la administración. A este propósito, la Constitución ha establecido las garantías jurisdiccionales para el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, cuando exista vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública.

Frente a la vulneración de derechos constitucionales provenientes de actos administrativos o de omisiones de los poderes públicos, el afectado tiene la posibilidad de activar la justicia constitucional y exigir su respeto y reparación íntegra, si fuere del caso, a través del ejercicio de la acción de protección.

Cosa distinta ocurre cuando se trata de actos normativos emitidos en contravención a los mandatos constitucionales. En este caso, lo que corresponde es la demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 436. 2 de la Constitución.

Como se ha podido ver, en este primer capítulo se han abordado varias cuestiones que se sustentan en el campo teórico y doctrinario, constituyendo la base para la comprensión y desarrollo de los temas centrales del trabajo investigativo, pues no sería posible llegar a la demostración de la hipótesis planteada si es que no se deja sentado, de modo claro, los conceptos de actos normativos y actos administrativos, así como las diferencias conceptuales entre actos administrativos singulares y generales y, por último, las diferencias sustanciales entre estos y los actos normativos, entre los que se comprenden los actos reglamentarios.

Se dejó plasmado que la actividad administrativa se despliega a través de tres categorías primarias: la normativa, la resolutoria y la contractual. Se estableció igualmente que la

administración pública genera actos con contenido normativo que innovan el ordenamiento jurídico y constituyen fuente permanente de derecho, como en el caso de los reglamentos; por lo mismo, estos constituyen verdaderos actos normativos de efectos generales, muy distintos a los actos administrativos generales caracterizados por la aplicación del derecho objetivo y su agotamiento una vez que se verifica su cumplimiento.

Lo dicho nos lleva a inferir, necesariamente, como ya se dijo, que la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales, prevista en el artículo 436.4 de la Constitución es innecesaria y que su establecimiento dentro de las competencias atribuidas a la Corte Constitucional obedeció quizá a la falta de claridad conceptual del constituyente en cuanto al tratamiento de los actos administrativos (de efectos generales) y los actos normativos que abarca una serie de categorías normativas, entre los que se encuentran los reglamentos.

Capítulo II

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el Capítulo I se ha dejado establecido los criterios diferenciadores entre actos normativos y administrativos y su fundamento en el Estado constitucional de derechos y justicia. En este segundo Capítulo se analizarán cuestiones que tienen directa relación con la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos; se abordarán temas relacionadas con el control abstracto de constitucionalidad, los problemas que se presentan en la fundamentación de este tipo de acciones, algunos aspectos concernientes a su tramitología, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad y terminaremos haciendo una revisión al criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional en este tipo de acciones constitucionales.

A partir del análisis de situaciones concretas, observadas tanto en la presentación de las demandas, cuanto en las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en esta materia, se llegará a determinar que la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo, tal como se encuentra establecida, deviene en innecesaria, pues, el propio ordenamiento jurídico prevé otras vías en la justicia constitucional y en la contencioso administrativa para la fiscalización de los actos administrativos de efectos particulares o generales.

1. Los problemas en la fundamentación de la acción de inconstitucionalidad de actos normativos y administrativos

La *acción de inconstitucionalidad* representa uno de los principales mecanismos de control de constitucionalidad de los actos normativos en aquellos sistemas jurídicos que, como el ecuatoriano, tienen un modelo concentrado y abstracto a semejanza del modelo continental europeo, cuyos orígenes se remontan a la Constitución austriaca de 1920.

La finalidad del denominado control abstracto de constitucionalidad es conseguir que todos los actos normativos y administrativos de carácter general guarden armonía con los postulados impresos por la Constitución; su principal objetivo no es otro que el de garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las disposiciones emitidas por el órgano legislativo o por cualquier autoridad pública con potestad normativa lleguen a contradecir lo expresado en el texto constitucional, correspondiendo ejercer dicho control a la Corte Constitucional, bajo un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

El problema que genera el control de constitucionalidad de los actos normativos y administrativo intentó ser superado por el constituyente que inspiró la Constitución de 2008; sin embargo, dicho cometido no se ha logrado, debido a que, como ya se anticipó, las ambigüedades y confusiones conceptuales sobre la naturaleza de estas dos clases de actos aún no han sido del todo despejadas por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia constitucional, incapaz aún de dar

una respuesta por lo menos cercana y objetiva que permita aclarar las dudas en torno a los actos que originan las acciones de inconstitucionalidad contempladas en las disposiciones constitucionales de los numerales 2 y 4 del artículo 436.

La Constitución de la República establece la acción de inconstitucionalidad contra *actos normativos de carácter general* emitidos por órganos y autoridades del Estado (Art. 436.2) y contra *actos administrativos con efectos generales* emitidos por toda autoridad pública (Art. 436.4). Por su parte, la LOGJCC (Art. 75), determina que la acción de inconstitucionalidad opera en contra de: a) Enmiendas y reformas constitucionales; b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) *Leyes, decretos leyes* de urgencia económica y *demás normas con fuerza de ley*; y, d) *Actos normativos y administrativos con carácter general*.

Como se puede ver, la Constitución se refiere, en primer lugar, a la “acción pública de inconstitucionalidad, contra *actos normativos* de carácter general”. El artículo 425 de la misma Constitución establece el orden jerárquico de las *normas* comenzando por las leyes orgánicas y ordinarias, normas regionales y ordenanzas, decretos y reglamentos, acuerdos y resoluciones; es decir, a todas estas figuras normativas, el constituyente les ha asignado el carácter de normas y no de actos administrativos, como pudiera pensarse respecto de todos aquellos actos de rango inferior a la ley.

En segundo lugar, la Constitución se refiere a la “acción de inconstitucionalidad contra *actos administrativos con efectos generales*” y es aquí donde se generan los problemas de interpretación mencionados, puesto que frente al orden jerárquico de las normas integrado por leyes, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás actos del poder público, se debe preguntar: ¿cuáles son los actos administrativos con efectos generales sujetos al control abstracto de constitucionalidad? La respuesta, como ya se analizó en el primer capítulo, es que los actos administrativos *prima facie* son de efectos particulares, sin desconocer que, en efecto, existen actos administrativos con efectos generales cuando estos se dirigen a un grupo

indeterminado de destinatarios, sin que ello signifique que pierdan su esencia de actos administrativos. Parecería ser que la intención del constituyente fue dividir los actos normativos que gozan de fuerza de ley y los de rango inferior a esta: a los primeros se les aplicaría la acción pública de inconstitucionalidad y, a los segundos, la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos; no de otra manera se entiende que el legislativo haya dividido las competencias de la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes, decretos, leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley (Art. 75.c), por una parte, y de actos normativos y administrativos con carácter general (75.d), por otra.

En otras palabras, las acciones de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 436 constitucional, pueden ser entendidas bajo el siguiente criterio: por una parte, lo que el constituyente pretendió establecer con la *acción pública de inconstitucionalidad* es que esta opere respecto de los actos normativos de carácter general, lo que a su vez nos permitiría inferir que existen actos normativos de carácter particular que estarían exentos de este tipo de acciones, vr. g., una ley expedida por el órgano legislativo para la creación de una universidad. Por el contrario, resulta ilógico pensar siquiera que se pueda entender como actos normativos aquellos actos administrativos que tienen como característica especial el ser generales por hallarse destinados a un grupo indeterminado de personas; hipótesis que respondería más bien al supuesto contemplado en el numeral 4 del artículo 436 que posibilita iniciar acciones de inconstitucionalidad en contra de los actos administrativos con efectos generales; es decir, aquellos actos concretos, pensados sobre una situación específica, pero dirigidos a un número indeterminado de personas.

Esta dualidad de acciones, tal como se encuentra prevista en la Constitución y en la Ley resulta innecesaria y contradictoria con los postulados constitucionales. En efecto, en una lectura e interpretación sistemática de la Constitución, ha de entenderse que la acción pública de inconstitucionalidad cabe respecto de los actos normativos –cualesquiera sea su denominación–

cuando las disposiciones estuvieren en franca contradicción con los postulados constitucionales; en tanto que para los actos administrativos –particulares o generales–, el mismo ordenamiento jurídico ha previsto la acción de protección y la acción de medidas cautelares, para reparar o evitar la vulneración de derechos constitucionales o, en su defecto, las acciones contencioso-administrativas de plena jurisdicción o subjetivo y, de anulación u objetivo, cuando lo que se configura son problemas de legalidad o constitucionalidad, según lo dispuesto en los artículos 173 de la Constitución y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en concordancia con lo que disponen los artículo 424 y 426 de la Constitución, puesto que no se debe olvidar que las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con los mandatos constitucionales, so pena de carecer de eficacia jurídica.

Este análisis nos lleva a confirmar la hipótesis planteada desde un inicio, en el sentido de que la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales, prevista en el artículo 436.4 de la Constitución no tiene razón de ser, dado que para el juzgamiento de los actos administrativos existen otras vías de reclamo, tanto en la justicia constitucional como en la contencioso administrativa.

En la práctica procesal constitucional, los problemas en cuanto al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad son más que evidentes, y de ello puedo dar fe como testigo privilegiado, al ejercer por mucho tiempo el cargo de secretario general de la Corte Constitucional. Y es que para comenzar, a nivel de litigantes, existe poco conocimiento respecto a la naturaleza de las acciones constitucionales, el tipo de actos a demandarse por estas vías y los efectos de las sentencias que se emiten en esta materia. Así, hay quienes, por ejemplo, han presentado demandas de inconstitucionalidad en contra de reglamentos que rigen los destinos de un condominio o de una agrupación gremial, sin considerar que estos instrumentos, si bien contienen reglas de conducta, no son parte integrante del sistema jurídico, por lo mismo no cabe efectuar ningún tipo de control de constitucionalidad. En otros casos, sobre un mismo decreto ejecutivo, por ejemplo, unos

actores formulan acción pública de inconstitucionalidad según el artículo 436.2, y otros, acción pública de inconstitucionalidad de acto administrativo de acuerdo al artículo 436.4.⁶⁵

El primer caso no representa mayor problema, pues la Sala de Admisión de la Corte Constitucional inadmite a trámite las demandas contra ese tipo de reglamentos, pues resulta sencillo deducir que no se trata de actos normativos que formen parte del ordenamiento jurídico; mas, en el segundo caso, se han admitido a trámite las demandas por las dos vías de inconstitucionalidad, generando incertidumbre sobre cuál es la vía correcta para conocer y resolver este tipo de demandas.

Esta incertidumbre se mantiene aún, puesto que la Corte Constitucional no ha logrado definir qué tipos de actos deben ser fiscalizados a través de la acción pública de inconstitucionalidad y cuáles a través de la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos.

En efecto, la Corte ha tramitado y resuelto demandas de inconstitucionalidad de actos normativos, utilizando los dos mecanismos de control constitucional. Veamos unos cuantos ejemplos: mediante sentencia 004-10-SIN-CC del 29 de abril de 2010, vía acción pública de inconstitucionalidad se resolvió la demanda presentada en contra del Acuerdo Ministerial 093, suscrita por el ministro de Minas y Petróleos sobre la prohibición en la distribución del gas licuado de petróleo; mediante sentencia 002-SIN-CC del 8 de abril de 2010 se declaró la inconstitucionalidad del artículo 4, literal d) del Reglamento Especial Sustitutivo para la Elección de Abanderados, Portaestandartes y Escoltas de los Planteles Educativos de los Niveles de Educación Primaria y Escoltas; en tanto que, mediante sentencia 003-09-SIN-CC del 23 de

⁶⁵ Al respecto se puede ver la sentencia 005-09-SIN-CC, del 3 de septiembre de 2009, referida a las acciones de inconstitucionalidad de acto normativo y administrativo 0004-09-IN, 0003-09-IA y 0007-09 IA (acumulados) mediante las cuales se demandaba la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1544, de 20 de enero de 2009 que declaraba el estado de excepción en Petroecuador y sus filiales.

julio de 2009, se resolvió vía acción pública de inconstitucionalidad la demanda presentada en contra de los actos administrativos contenidos en algunos oficios emitidos por el Procurador General del Estado, y que contenían la absolución de consultas formuladas sobre la calidad de públicos o privados de los servicios del aeropuerto de Quito prestados por la empresa Quiport, y sobre la calidad de públicos o privados de las tasas y tarifas aeroportuarias que se generaban en el referido aeropuerto. En este último caso al menos, la Corte de transición llegó a establecer la naturaleza jurídica de los dictámenes del procurador, señalando que son actos normativos y no administrativos, por cuanto crean derecho objetivo.

Como se aprecia, a través de acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos (IN), se han demandado y resuelto acuerdos ministeriales, reglamentos y dictámenes de la Procuraduría General del Estado, bajo la consideración de que esencialmente constituyen actos normativos; no obstante aquello, si revisamos las contadas sentencias expedidas en las acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos (IA), también en ellas veremos que se resuelven demandas sobre acuerdos ministeriales, ordenanzas, entre otro tipo de actos de esta naturaleza. Así, en la sentencia 001-12-SIA-CC del 7 de junio de 2012, se resolvió la demanda de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma de la Ordenanza Municipal que planifica, regula y controla el transporte de taxi con servicio ejecutivo en el cantón Loja. En tanto que la actual Primera Corte Constitucional, en sentencia 001-13-CIA-CC, expedida el 21 de marzo de 2013, dentro del caso 0004-10-IA, resolvió la demanda presentada en contra del Acuerdo Ministerial n.º 446 del 12 de diciembre de 2007, que contiene la normativa de los concursos de méritos y oposición para la designación de autoridades de establecimientos educativos públicos de todos los niveles y modalidades.

La referencia a estas sentencias nos permite confirmar, una vez más, nuestra hipótesis de que la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo no debió o no debería estar presente en el ordenamiento jurídico, salvo que, en algún momento se acepte que determinados actos

administrativos con efectos generales –pero que no alcanzan la categoría de actos normativos, como es el caso de una convocatoria a un concurso público, por ejemplo–, puedan ser demandados a través de este mecanismo, lo cual sería un contrasentido jurídico, dado que, como ya se dejó sentado, existen otras acciones constitucionales y judiciales para exigir su fiscalización en caso de vulneración de derechos constitucionales o problemas de legalidad.

2. La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos de efectos generales

Nuestra posición respecto de la conveniencia o no de la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos, como parte del ordenamiento jurídico, ha quedado plenamente establecida a lo largo de este trabajo; sin embargo, hemos de continuar con el análisis de este tipo de acciones constitucionales, dado que los cuestionamientos efectuados, de ninguna manera pueden considerarse absolutos y habrá seguramente pensamientos críticos y quizá con mayores elementos de juicio que sostengan lo contrario.

En este punto del análisis es importante referirse a dos cuestiones que tienen estrecha relación con la acción de inconstitucionalidad que, a partir de la vigencia de la Constitución de Montecristi, ha cobrado una inusitada importancia: la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución.

La primera –*la supremacía*– se refiere al principio que explica que la Constitución es la base que sustenta la validez tanto formal como material de un determinado ordenamiento jurídico. Esto significa que, por un lado, la Constitución constituye garantía de eficacia de los derechos constitucionales y, por otro, pone frenos a la actividad del poder, exigiendo que todos los actos de autoridad pública (administrativos o normativos) guarden conformidad con los mandatos que la inspiran. Como resultado de la aplicación de este principio, bajo esta nueva concepción, se hace posible que cualquier acto normativo o administrativo contrario al texto

constitucional, ya sea por la forma o por el fondo, carezca de eficacia y se pueda demandar su inconstitucionalidad o ilegalidad ante el órgano jurisdiccional competente.

En cuanto a la segunda, la *fuera normativa* de la Constitución, la misma se traduce en que la aplicación de sus mandatos no depende, como en el estado legocentrista, del desarrollo legislativo, sino que su contenido tiene efectos directos e inmediatos. Como consecuencia de aquello, no es dable al juez o autoridad pública alegar falta de ley o desconocimiento de la norma para justificar la violación o desconocimiento de los derechos o para desechar las acciones ni para negar su reconocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 11.3 y 426 de la Constitución.

Y es para la protección de estos dos principios que se ha instituido el mecanismo de control de constitucionalidad a través de las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos y administrativos con efectos generales. De manera concreta, el artículo 436.4 de la Constitución establece, como parte del denominado control abstracto de constitucionalidad, la *acción de inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales* emitidos por cualquier autoridad pública.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo tiene como efectos la *invalidez* del acto, tal como lo señala la misma disposición constitucional, pero esta invalidez, a diferencia de la que recae sobre los actos normativos, tiene distintas connotaciones, como se verá en líneas posteriores cuando analicemos los efectos de la invalidez de los actos administrativos.

En cuanto al trámite de esta acción, la LOGJCC establece el mismo procedimiento previsto para las demandas públicas de inconstitucionalidad de actos normativos, de tal suerte que para su admisibilidad y procedencia se deberá observar y cumplir con los requisitos establecidos a partir del artículo 77 de la Ley *ibídem*, bajo los principios y reglas generales que rigen el control abstracto de constitucionalidad, según lo dispuesto en la misma Ley.

3. Legitimación

La Constitución de la República, caracterizada por su excesivo garantismo, según las opiniones de muchos críticos del sistema, reconoce y aplica un criterio bastante amplio en materia de legitimación activa para el ejercicio de las acciones y garantías constitucionales.

Desde las diversas posiciones adoptadas por la doctrina, la legitimación procesal activa, sobre todo en el ámbito de la justicia ordinaria, es la atribución que la Constitución o la ley confiere a un sujeto determinado, por ser titular de un derecho que cree lesionado, para que pueda acudir a los órganos judiciales y demandar su reconocimiento o respeto.

Ello no ocurre en materia constitucional, donde la legitimación activa se extiende más allá de los intereses personales y se reconoce a favor de quienes, en muchas ocasiones, nada tienen que ver con la persona directamente afectada. Basta entonces que se presuma la vulneración a los mandatos constitucionales para que cualquier persona intente las acciones previstas en la Constitución.

La legitimación activa en materia de inconstitucionalidad se encuentra ampliamente reconocida tanto en el texto constitucional como en la Ley de la materia. En efecto, el artículo 439 constitucional señala que: “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”; concordante con este mandato, el artículo 77 de la LOGJCC, dispone que: “La demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente”, en tanto que el artículo 98 de la Ley *ibídem* establece que: “La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona”.

Por su parte, el artículo 436.4 de la misma Constitución dispone que a la Corte Constitucional le compete conocer y resolver, *a petición de parte*, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.

La expresión “a petición de parte” del artículo 436.4 constitucional, de ninguna manera ha de entenderse como “interés de parte”, pues ello sería contradictorio con el alcance que tiene la norma contenida en el artículo 439. Aquella expresión lo único que pretende significar es que la acción de inconstitucionalidad debe iniciarse y tramitarse a instancia de parte, sin que sea admisible la actuación oficiosa del órgano constitucional, como ocurre en otro tipo de acciones constitucionales.

Finalmente hay que hacer presente que en el control abstracto de constitucionalidad la legitimación otorgada a los ciudadanos es directa, en virtud de que la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es la defensa de un interés objetivo que procura garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas que pudieran presentarse entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. De allí que se diga que la acción de inconstitucionalidad de actos normativos, propiamente no es un litigio entre partes, puesto que lo que resuelva la Corte Constitucional en esta materia tiene efectos *erga omnes*. Una vez aceptada a trámite una demanda de inconstitucionalidad, a instancia de parte, la Corte tiene la obligación de impulsar el proceso de oficio hasta llegar a su conclusión, en cumplimiento del principio procesal previsto en el artículo 4. 5 de la LOGJCC. En el control abstracto de constitucionalidad, no se atiende a la lesión individual que pudiera exhibir el legitimado activo al momento de proponer la demanda, y dado que lo que se busca es satisfacer un interés mayor, reflejado en la coherencia del sistema jurídico, tampoco es admisible el desistimiento del legitimado activo, como si ocurre en aquellas acciones en las que las sentencias generan efectos interpartes.

Respecto de la legitimación pasiva, la misma recae sobre el órgano emisor de la disposición normativa que ha sido objeto de la demanda de inconstitucionalidad, el órgano colegislador si lo hubiere, o sobre la autoridad administrativa acusada de emitir el acto administrativo. En la praxis, en las acciones de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional

generalmente ordena contar con el Procurador General del Estado, por ser quien ejerce el patrocinio del Estado y por ser el representante del Estado y de los organismos y entidades del sector público que carecen de personería jurídica.

4. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad

En materia procesal constitucional, uno de los temas de mayor relevancia, discusión y controversia es el que tiene que ver con las sentencias y los efectos que de ellas se derivan. Mientras que en la justicia ordinaria –como lo anota José Antonio Rivera– la sentencia pone fin a un litigio entre particulares o entre estos y el Estado respecto a la disputa de un mismo derecho pretendido entre las partes, o a la exigencia del cumplimiento de una obligación, en la justicia constitucional, los fallos pueden llegar incluso a modificar el ordenamiento jurídico, delimitar el ámbito de competencia de los órganos del poder público o restablecer y reparar los derechos constitucionales lesionados⁶⁶.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho clásico, donde las sentencias solo favorecen o perjudican a las partes, en el ámbito constitucional, dada la naturaleza jurídica de las decisiones, estas alcanzan otros matices, ya por que el papel de los tribunales y cortes constitucionales es el de ser garantes e intérpretes de la Constitución, ya por que el papel de los jueces responde a una activismo que les permite crear Derecho y regular diversos aspectos de la vida social y política a partir de la aplicación directa de las normas constitucionales.

El constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por la transformación en cuanto a la visión clásica sobre la actividad de los jueces constitucionales y su papel como legisladores

⁶⁶ José Antonio Rivera, *Estudios constitucionales*, Santiago, Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de TALCA, 2006, p. 586.

negativos, propia de la visión kelseniana, por una en la que prevalece la función creadora de Derecho⁶⁷.

Recordemos que el activismo judicial, originario del sistema jurídico anglosajón, tuvo como propósito fundamental la protección de los derechos fundamentales, y bajo esa concepción ha sido trasplantado a otros sistemas jurídicos como el ecuatoriano, al que muchos, con o sin razón, lo califican de garantista. La expresión activismo judicial puede tener diversos matices y ha servido para caracterizar la actividad de los jueces que al interpretar o aplicar una norma jurídica, emiten decisiones que podrían considerarse innovadoras al trascender el caso concreto y disponer medidas que afectan los intereses del poder público o privado, que obligan a cambiar políticas públicas, que se alejan del formalismo y rigurosidad procesal o que, en último término, establecen reglas creadoras de Derecho, como ha ocurrido con la Corte Constitucional que en varios de sus fallos ha establecido reglas jurisprudenciales de efectos general .

No existen límites definidos al concepto de activismo judicial; sin embargo, partiendo del hecho de que el papel principal del juez es el de ser guardián de la Constitución y garante de los derechos y libertades, los límites a tal activismo vienen dados por el apego irrestricto a los principios, valores y reglas establecidas por la Constitución, así como los límites que impone el cumplimiento y respeto de los derechos constitucionales.

Sin duda, la justicia constitucional es el ámbito donde necesariamente se desarrolla el activismo judicial en mayor medida, por lo mismo su ejercicio requiere de juezas y jueces que actúen con prudencia e independencia. Ahora bien, dado que muchas de las decisiones emitidas en esta materia provienen de un órgano contramayoritario, su legitimidad social y democrática solo será posible apreciar a través de fallos que estén lo suficientemente argumentados y plenamente motivados, con apego a los lineamientos y límites impuestos por la Carta Suprema.

⁶⁷ Idem., p. 587.

En materia de control abstracto debe tenerse en cuenta además la fuerza o carácter vinculante de una sentencia y los efectos que se generan en relación con las personas, el tiempo, el contenido, etc. Los efectos de la sentencia se refieren a las consecuencias del fallo que se contiene en la parte resolutive, en tanto que la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se refiere a la parte motiva o los fundamentos jurídicos de la decisión *-ratio decidendi-*, que se convierte en precedente obligatorio, aplicable a los casos análogos.

De manera precisa, el artículo 95 de la LOGJCC regula los efectos de la sentencia en el tiempo, señalando que las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro, pudiendo de manera excepcional diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales siempre y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. Por el contrario, cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

En síntesis, se puede sostener que en cuanto a los efectos que genera la declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos, los mismos se expresan en la invalidez del acto impugnado, generándose un efecto general o *erga omnes* respecto a las disposiciones normativas impugnadas.

4.1.La invalidez de los actos administrativos

Un acto administrativo es tal cuando en él se cumple a cabalidad los presupuestos de validez y eficacia, conceptos que si bien tienen relación, en el fondo comportan cuestiones diferentes. La *validez* del acto tiene relación con su esencia, vale decir que para que el acto tenga valor jurídico

y se considere legítimo es imprescindible que la formación y expresión de la voluntad provenga del órgano competente, observando el procedimiento y cumpliendo la forma y las formalidades que le ley establece⁶⁸.

La *eficacia*, en cambio, es el mecanismo por el cual la administración pública logra que su decisión o resolución se cumpla y se haga efectiva, lo que se logra una vez que se ha notificado al administrado o se ha publicitado la decisión, momento desde el cual se crea el vínculo jurídico, permitiendo a su vez que el administrado pueda ejercer los mecanismos de impugnación respectivos. Cuando el acto administrativo se ve afectado por el incumplimiento de alguno de sus elementos sustanciales, su validez se ve afectada de tal manera que puede provocar su nulidad.

Hablar entonces de *invalidéz* de los actos administrativos implica referirnos a la teoría de las nulidades desarrolladas en el Derecho Administrativo, que al igual que en el Derecho clásico Civil, se formulan a partir de los vicios que afectan a los elementos del acto.

Se ha de recordar que aunque las nulidades del acto o negocio jurídico –propio del Derecho Civil–, sirvieron para la construcción y el desarrollo jurídico de las nulidades del acto administrativo –propio del Derecho Administrativo–, el régimen de aplicación es totalmente distinto.

Como se sabe, la doctrina en el Derecho Civil considera dos tipos de nulidades: i) *absoluta, radical o de pleno derecho*, y, ii) *anulabilidad o relativa*⁶⁹. La primera se produce cuando el acto o negocio jurídico es ineficaz *ab initio* y por lo mismo carece de efectos jurídicos, pudiendo ser declarada aun de oficio por el juez, sin que pueda sanearse por el transcurso del tiempo; se funda en consideraciones de orden público por lo que puede ser alegada por cualquier particular; así, el acto o contrato celebrado por una persona absolutamente incapaz o cuyo objeto o causa resultaren ilícitos acarrear la nulidad absoluta. La segunda, en cambio, se funda en razón del

⁶⁸ Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 190.

⁶⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Op. Cit.*, p. 592.

interés individual, motivo por el cual solo puede ser alegada por quien tiene interés, pudiendo ser convalidada con la aceptación del acto por el afectado.

Inspirado en el Código de Andrés Bello, nuestro Código Civil recoge en el artículo 1697 la teoría de la nulidad absoluta y relativa aplicable a los actos y contratos, bajo las premisas expuestas en líneas anteriores, sobre las que nos abstenemos de profundizar por ser meramente referencial para nuestro estudio.

En Derecho Público, por el contrario, la doctrina distingue entre *actos nulos de nulidad absoluta* y *actos anulables de nulidad relativa*, a los que se suma el concepto, siempre discutido, de *actos inexistentes*⁷⁰, sin dejar de mencionar, claro está, que existe también cierto tipo de irregularidades que no invalidan el acto administrativo (defectos de forma o actuaciones extemporáneas de la autoridad).

Los actos administrativos, por regla general, gozan de la presunción de validez, es decir, son legítimos hasta tanto no declare su invalidez de forma expresa por vía administrativa o judicial. El ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del ERJAFE, determina que los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en el mismo estatuto (Art. 189).

La *nulidad absoluta* en el Derecho Administrativo tiene las mismas características y efectos que en el derecho civil, pues el acto administrativo nulo de pleno derecho no podrá ser objeto de convalidación, dado que tal posibilidad solo cabe respecto de los actos anulables; la nulidad puede ser alegada en cualquier momento a instancia de cualquier persona, y dado que se trata de una nulidad de orden público, la misma puede ser declarada aun de oficio por la propia Administración o por el juez, en el supuesto de que nadie la haya alegado.

⁷⁰ Carlos F. Balbín, Op. Cit. P., 153.

La nulidad absoluta se produce en los casos expresamente señalados por la norma; en nuestro régimen administrativo, el artículo 129 del ERJAFE establece como causales de nulidad de pleno derecho las siguientes: a) Las que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en la Constitución de la República; b) Las dictadas por órgano incompetente en razón de la materia, del tiempo o del territorio; c) Las que tengan un contenido imposible; d) Las que sean constitutivas de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta; e) Las dictadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y, g) Cualquier otra que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Además, se ha de tener en cuenta que en concordancia con lo estipulado en el artículo 424 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las normas y los actos del poder público que vulneren la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

En cuanto a la *nulidad relativa* hemos de decir, al igual que Alfredo Gallego y Ángel Menéndez, que son anulables los actos que, no estando comprendidos en los supuestos de nulidad de pleno derecho, incurren en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación por exceso de poder.

El artículo 130 del ERJAFE establece que la anulabilidad (nulidad relativa) opera respecto de los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, al amparo de las siguientes reglas: a) El defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados; y, b) La realización de actuaciones

administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

En todo caso, los actos jurídicos anulables difieren de la anulabilidad del acto administrativo respecto del plazo y la forma en que se deberá hacer valer la nulidad, pues mientras las acciones civiles para perseguir el acto anulable prescriben en el plazo de 4 años (Art. 1708 CC), el término para deducir la demanda ante el contencioso administrativo caduca en 90 días en asuntos en que opera el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, y de 3 años plazo cuando se trate de interponer recurso de anulación u objetivo.

Finalmente, en relación a los actos administrativos *inexistentes* –a decir de Patricio Secaira– *no pueden ser convalidados jamás, ya que al no existir en la órbita jurídica, mal pueden superarse sus graves defectos*⁷¹.

En cuanto a los efectos de los vicios de invalidez, debe señalarse que la nulidad absoluta tiene características *ex tunc*⁷², es decir los efectos se retrotraen, debiéndose considerar como que el acto nulo jamás existió; por el contrario, la nulidad relativa produce efectos *ex nunc*⁷³, vale decir, operan desde el momento de su declaratoria por el órgano competente y por ello no tienen efectos retroactivos.

5. La jurisprudencia de la Corte Constitucional

Recordemos que el sistema jurídico ecuatoriano es producto de la influencia de la gran familia romano-germánica y del Código de Napoleón en cuanto al derecho civil, y del derecho francés en lo que respecta al derecho administrativo. Ello explica por qué tradicionalmente el

⁷¹Patricio Secaira, Op. Cit., p. 207.

⁷² Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, Op. Cit., p. 212.

⁷³ Ibidem.

sistema de fuentes de derecho en el país ha estado bajo el control y la influencia del órgano legislativo, con lo cual se negaba la posibilidad de que otros entes o sujetos diferentes a la función parlamentaria pudiesen ejercer la facultad creadora de derecho.

Al igual que la mayoría de países latinoamericanos, el Ecuador no estuvo exento del dominio ejercido por el positivismo tradicional, que pretendía encontrar únicamente en el derecho legislado –ley formal– la certeza y seguridad del sistema jurídico. La jurisprudencia, entonces, solo fue considerada como fuente secundaria o de conocimiento, cuyos efectos solo tenían alcance inter partes.

En efecto, durante este largo período, las decisiones de los jueces solo tenían fuerza obligatoria respecto de las partes que intervenían en una causa y la jurisprudencia únicamente se ha considerado, como en la mayoría de países latinoamericanos, una fuente auxiliar de interpretación, pero nunca regla de obligatorio cumplimiento. Con razón Diego López Medina sostiene que la jurisprudencia, vista desde la corriente de pensamiento neo-romanista y positivista, ha sido tradicionalmente considerada como una fuente “secundaria” o “auxiliar” del derecho que solo opera en casos de silencio de la fuente primaria⁷⁴.

Con anterioridad al modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, el Estado liberal-legal de derecho se caracterizaba por el predominio de la ley sobre las demás fuentes de derecho, por ello es que a la jurisprudencia solo se le otorgaba un papel secundario, subsidiario, capaz únicamente de orientar y auxiliar las decisiones del juez, cuya labor se reducía a la mera aplicación de la ley. Bajo este esquema, era difícil ubicar al criterio jurisprudencial como parte de las fuentes formales del derecho, pues su único papel, como se ha dicho, era ilustrar y aclarar el contenido de las leyes.

⁷⁴ Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, México D.F., Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, LEGIS, Universidad de Los Andes, Segunda edición, p. 3.

Frente a la posición legalista imperante, las voces críticas surgidas de las teorías reformistas del derecho han considerado necesario reconocer que la creación del derecho también puede provenir de otras fuentes, como la judicial constitucional, la que en su labor interpretativa no solo tiene la posibilidad de generar derecho, sino además adecuar las normas a la realidad social, sin que ello signifique desconocer o restar la labor de creación o reforma propia de la función legislativa (la Asamblea Nacional).

Contrario a la opinión de una parte de la cultura jurídica ecuatoriana, el carácter supremo y normativo impreso por el constituyente a la Constitución de Montecristi ha posibilitado que se reconozca a la jurisprudencia como fuente creadora de derecho, de manera particular a través de los fallos emitidos por la Corte Constitucional, cuyo contenido tiene carácter vinculante, según el texto constitucional.

Ahora bien, respecto de la estructura de las fuentes de derecho no se debe perder de vista que, en principio al menos, Ecuador tiene un sistema jurídico piramidal u ordenado tal como lo pensó Kelsen en 1920, con la Constitución en la escala superior, más abajo las leyes y luego los demás actos normativos integrantes del ordenamiento jurídico, lo cual se deduce de la lectura del artículo 425; sin embargo, de la interpretación integral del texto constitucional hemos de concluir que ello no es así, dado que el artículo 436.1, establece el carácter vinculante de las decisiones constitucionales y el 436.6 determina el carácter de jurisprudencia vinculante que acompaña a las sentencias de la Corte Constitucional.

A diferencia del sistema romanista que funda la estructura del sistema de fuentes del derecho en la prevalencia de la ley, el *common law* encuentra su soporte en la figura del precedente, cuyo derecho se caracteriza por hallar su origen en la actuación de los jueces, basada en las reglas generadas por la Royal Court, a través de su jurisprudencia, a la que se le dio el nombre de “*rule of precedent*” o regla del *precedente*, nombre con el que aún se identifica y

reconoce a aquello que constituye la columna vertebral del Derecho Inglés⁷⁵, y cuyo desarrollo posterior es más visible en el derecho angloamericano, a partir del sonado y bien conocido caso *Marbury vs Madison*.

Dado que el valor de las decisiones constitucionales tienen como base el precedente, conviene entonces preguntarse: ¿en qué consiste la institución del precedente constitucional?; ¿cuál es su diferencia, si la hay, con la jurisprudencia constitucional?

Con la finalidad de entender de qué manera se configura el precedente, resulta necesario referirse al contenido de las sentencias constitucionales, en la que se distingue al menos dos partes esenciales: aquella que contiene la decisión sobre las pretensiones de la demanda – *decisum*– y aquella que contiene los argumentos jurídicos que anteceden a la parte resolutive – *ratio decidendi*–. Es en esta parte donde se recogen los diversos criterios de interpretación del juzgador constitucional y que luego serán aplicados por el resto de operadores judiciales de menor jerarquía. López Median, quien recoge magistralmente el criterio de la Corte Constitucional colombiana, precisa que la *ratio* y *dictum*, desarrolladas en el contexto del *common law* angloamericano, han sido elaboradas mediante técnicas de interpretación de precedentes jurisprudenciales a través de la doctrina de la disciplina jurisprudencial –*stare decisis et quieta non moveré*– en campos jurídicos poco impactados por el derecho legislado⁷⁶.

Explica el maestro colombiano que solo aquellas proposiciones o expresiones de la sentencia que sean necesarias para explicar el resultado o decisión concreta, basados en los hechos del caso constituye la *ratio*, a la que *se le debe otorgar el valor de precedente*, en tanto que las demás formulaciones generales que no resultan necesarias para decidir los hechos concretos constituyen la *dictum*.

⁷⁵ Pedro Fernández de Córdova, *Estudios de Derecho Comparado*, Cuenca, Editorial Pudeleco, 1997, p.135.

⁷⁶ Diego López Medina, Op. Cit., p.231.

En esta misma línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional peruano –a decir de Luis Castillo Córdova– denomina a la *ratio decidendi* como “razón suficiente” y constituye aquella parte de la sentencia en la que se “expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional”⁷⁷. Por el contrario, el *obiter dicta* al que el mismo Tribunal peruano ha denominado “razón subsidiaria o accidental”, ha sido definido como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso donde se formulan”.

Con el mismo criterio, el sistema ecuatoriano funda el precedente en la *ratio decidendi* o “razón de la decisión”, en la que se expresa el fundamento principal de la sentencia, constituyendo además la parte que obliga, y deja establecido que los *obiter dicta*, constituyen nada más que argumentos secundarios que simplemente ayudan a explicar la *ratio*⁷⁸.

Respecto a la interrogante de si jurisprudencia vinculante equivale a precedente vinculante, la respuesta es NO, puesto que si bien las dos tienen en común la característica del efecto vinculante, la nota distintiva entre el género –jurisprudencia– y la especie –precedente vinculante– viene dada por el hecho de que “(...) *el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma de un caso concreto*” (STC 3741-2004-AA, F.J. 43)⁷⁹.

El guayaquileño Nicolás Castro Patiño, sobre la diferencia conceptual entre jurisprudencia constitucional y precedente, con todo acierto señala que: “No es lo mismo el

⁷⁷ Luis Castillo Córdova, “La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, en José Luis Castillo Alava y Luis Castillo Córdova, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Perú, ARA Editores, 2008, p.186.

⁷⁸ Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios –PCO-

⁷⁹ Pedro Grández, “Estudio introductorio”, en Edgar Carpio y Pedro Grández, Coordinadores, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (2007-2008)*, Lima, Palestra Editores, 2008, p. 7

concepto de jurisprudencia constitucional vinculante que el de precedente constitucional vinculante. Aquella no tiene un momento específico de configuración, es difícilmente identificable con una norma perteneciente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es relativo, ubicándose entre los denominados fuentes-hechos; mientras el otro, el precedente constitucional vinculante, nace en un momento específico, crea una norma que pasa a formar parte del Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno”⁸⁰.

En esta línea de pensamiento, bien se puede decir entonces que la sentencia viene a constituir el género que abarca una variedad de contenidos de acuerdo a las competencias del órgano jurisdiccional –Corte Constitucional–, en tanto que el precedente es la parte en que se establece el pensamiento judicial sólidamente construido y debidamente argumentado.

Tampoco es dable confundir entre precedente constitucional y la jurisprudencia obligatoria, derivada de los fallos de triple reiteración expresados por la Corte Nacional dentro de la justicia ordinaria.

Esclarecidos algunos aspectos generales respecto de la jurisprudencia y el sistema de precedentes, conviene ahora ver si las decisiones de la Corte Constitucional en materia de inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general han sido lo suficientemente profundos como para aclarar las dudas que se han generado a lo largo de este trabajo investigativo.

Diremos entonces que los fallos emitidos en el control abstracto de constitucionalidad a lo largo de los cinco años de vigencia de la Constitución, si bien han permitido consolidar la tesis sobre la amplitud de los efectos de las sentencias a través de decisiones interpretativas y condicionadas, no es menos cierto que existe una gran deuda respecto a la generación de

⁸⁰ Nicolás Castro Patiño, *El precedente constitucional vinculante para el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, pp.70,71.

precedentes que permitan ampliar y profundizar ciertos temas jurídicos que son de tal importancia para una mejor comprensión y desarrollo de los derechos, garantías y acciones constitucionales.

En materia de acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos, los datos estadísticos hablan por sí solos respecto del escaso o nulo aporte jurisprudencial para despejar las dudas sobre los elementos que caracterizan y diferencian a los actos administrativos de los normativos, y menos aún lo hacen respecto a aclarar la vía constitucional o legal expedita para demandar la inconstitucionalidad en el caso de los mal entendidos actos administrativos con efectos generales, pues, con poca fortuna, como ya lo señalamos en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha conocido y resuelto demandas contra actos normativos de rango inferior a la ley, haciendo uso, indistintamente, de la acción de inconstitucionalidad de actos normativos y de la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos.

La Corte Constitucional, en materia de control abstracto de constitucionalidad, en estos cinco años de vigencia de la Constitución de la República ha admitido a trámite 70 demandas de inconstitucionalidad contra actos administrativos de carácter general, la mayoría de ellas (56) formuladas en los tres primeros años, cuando la cultura jurídica no había reflexionado y menos profundizado sobre las implicaciones de las nuevas acciones constitucionales. A partir de la divulgación de varias obras sobre temas constitucionales impulsadas por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, la realización de talleres, seminarios y el debate jurídico y académico se ha visto una merma considerable en la presentación de este tipo de acciones constitucionales, al punto que en los años 2012 y 2013, apenas se han formulado 7 demandas de esta naturaleza. Del total de casos planteados, la Corte Constitucional ha resuelto 6 de manera directa y otros tantos por proceso de acumulación con acciones públicas de inconstitucionalidad, lo que da cuenta del poco desarrollo jurisprudencial en esta materia.

Es importante destacar además, que el criterio prevalente de la Corte frente a las demandas de inconstitucionalidad de *actos administrativos de carácter general*, es el de considerar a tales actos como actos normativos de efectos generales, criterio que queda expuesto en ciertos fallos⁸¹ que no se refieren precisamente a acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos, como hubiese sido lo deseable.

A continuación se citarán los casos en los que ha existido pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general, dejando en claro que en ninguno de ellos se argumenta respecto de la naturaleza jurídica de los actos demandados, por lo mismo resulta difícil descubrir cuál es la posición y el pensamiento que guía las decisiones del órgano de control de la constitucionalidad sobre el carácter de los actos administrativos demandados, en este tipo de acciones. Vale recalcar, como ya se dijo en líneas anteriores, que el criterio de la Corte sobre la naturaleza jurídica de ciertas actuaciones de la administración se aprecia de mejor manera en otro tipo de sentencias y no en las referidas a la inconstitucionalidad de actos administrativos:

1.- Inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1585 del 18 de febrero del 2009, publicado en el Registro Oficial 539 del 3 de marzo del 2009, relacionado con el apoyo y fortalecimiento del sistema de educación intercultural bilingüe, bajo la rectoría de las políticas públicas del Estado a través de la autoridad educativa nacional, que formulara la política para todo el sistema educativo.

⁸¹ Al respecto se puede ver las sentencias 002-09-SAN-CC (caso 005-08-AN) y 003-09-SIN-CC (caso 0021-09-IA). En estos casos, la Corte Constitucional, para el período de transición analizó, entre otros aspectos, analizó la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado y estableció que los dictámenes del Procurador General del Estado forman parte del Derecho objetivo, principalmente por el carácter vinculante de tales pronunciamientos.

Mediante sentencia 001-10-SIA-CC⁸² del 16 de diciembre de 2010 (caso 0010-09-IA), la Corte Constitucional de transición resolvió archivar la acción, en virtud de que el acto administrativo impugnado fue derogado mediante Decreto Ejecutivo 196 del 29 de diciembre de 2009, publicado en el Registro Oficial 113 del 21 de enero de 2010.

2.- Inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal que planifica, regula y controla el transporte de taxi con servicio ejecutivo en el cantón Loja. A través de la sentencia 001-12-SIA-CC del 7 de junio de 2012 (caso 0008-10-IA), la Corte Constitucional, para el período de transición, negó la acción planteada por considerar que la ordenanza municipal cuestionada en su constitucionalidad no vulneraba la Constitución. En efecto, parte de la ratio esgrimida por la Corte señala:

(...) que el asunto concreto, que es materia de la demanda, es el relativo a la concesión de cupos y otros particulares relativos a estos. De tener razón los accionantes, sin duda, el Concejo de Loja habría rebasado las facultades que el artículo 226 de la Constitución del 2008, asigna a las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos.

El argumento fundamental de los accionados es meramente semántico, pues sostienen que en el verbo planificar utilizado en el artículo 264, numeral 3 de la Constitución de la República, no está comprendida la facultad para que el Concejo aborde el tema de la concesión de cupos para la prestación del servicio de taxis ejecutivos.

No puede omitirse en el proceso de esclarecimiento del asunto materia de debate, que la atribución o competencia concedida, en materia de tránsito y transporte terrestre a los concejos municipales comprende además, planificar, regular y controlar la asignación de cupos para prestar el servicio de taxi ejecutivo (...)

De modo que, el fundamento de la demanda que nos ocupa, no tiene fuerza alguna que sirva de base a esta Corte para declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza materia de esta acción.⁸³

⁸² <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

⁸³ <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

3.- Inconstitucionalidad del contenido del oficio 10600 del 26 de noviembre del 2009, suscrito por el Procurador General del Estado, dirigido al presidente nacional de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, mediante el cual se desconocen derechos adquiridos e irrenunciables de los servidores públicos de la Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión". Mediante sentencia 002-12-SIA-CC del 21 de junio de 2012 (caso 0010-10-IA), la Corte Constitucional en transición, negó la demanda formulada por considera que no contravenir el texto constitucional.

El razonamiento de la Corte fue el siguiente:

El ámbito de aplicación de la anterior LOSCCA era en todas las instituciones, entidades y organismos del Estado, siendo además sus normas aplicables a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y, en general, sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad, al menos en un cincuenta por ciento, como disponía el artículo 3 de dicha Ley. Por tanto, siendo los servidores de la Casa de la Cultura, empleados comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la LOSCCA, es evidente que a partir de su vigencia estaban ya inmersos en la prohibición de recibir asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales u otras bonificaciones especiales de cualquier naturaleza.

La Junta Plenaria de la Casa de la Cultura, al reformar el Reglamento de Premios por Años de Servicio Prestados a la Institución, en la sesión del 1 de junio del 2006 (cuando ya estaba vigente la LOSCCA) benefició a sus servidoras y servidores en forma ilegal, en evidente contravención de normas legales, lo que fue advertido por el procurador general del Estado en su pronunciamiento del 26 de noviembre del 2009, sin que ello implique transgresión a ningún precepto constitucional, pues dicha autoridad ha ejercido sus competencias y atribuciones constitucionales, especialmente, controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público, así como absolver consultas jurídicas, emitiendo pronunciamientos con el carácter de vinculantes, es decir que deben ser acatadas por dichos organismos y entidades, si que se advierta que las autoridades de la Casa de la Cultura Ecuatoriana hayan acatado el pronunciamiento en referencia.

En consecuencia, no se advierte que el pronunciamiento del procurador general del Estado, contenido en el oficio N.º 10600 del 26 de noviembre del 2009, sea contrario a las disposiciones constitucionales.⁸⁴

4.- Inconstitucionalidad de la absolución de consulta emitida por el Procurador General del Estado el 3 de mayo del 2010, sobre si: “el Alcalde debe votar en todas las sesiones del Concejo Municipal, que sean dirigidas al cumplimiento de los fines municipales, al final de la votación de los concejales o únicamente en caso de haber empate”. En sentencia 003-12- SIA-CC del 21 de junio de 2012 (caso 0007-10-IA), la Corte Constitucional, para el período de transición, negó la acción bajo la consideración que el pronunciamiento del Procurador General del Estado no contradecía la norma contenida en el artículo 253 de la Constitución, para lo cual argumentó señalando, entre otras cosas que:

(...) esta Corte estima necesario observar que dentro del acto administrativo impugnado, es decir, el contenido dentro del oficio N.º 13804 del 3 de mayo del 2010, no existe interpretación alguna del artículo 253 constitucional; al contrario, el pronunciamiento del procurador general del Estado cumple con lo dispuesto dentro del artículo 426 de la Constitución, ciñendo su criterio a la absolución legal de la consulta formulada y no de la interpretación de una norma constitucional, motivo por el cual no se evidencia ninguna inconstitucionalidad de forma dentro del oficio N.º 13804 del 3 de mayo del 2010 (...)

De esta forma se observa que durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la votación se realizaba entre los concejales, siendo el alcalde el último en votar. En ese sentido existía un proceso de votación primario en el cual el alcalde ejercía su derecho al voto, una vez que el resto de los concejales hayan votado. Ahora bien, el artículo antes citado continúa e indica que en caso de existir un empate, el alcalde debe abstenerse de votar en dicha sesión y convocar a una nueva en la que se decidirá sobre el empate; en caso de continuar este, el alcalde actuará con voto dirimente. De lo dicho se extrae que el artículo 104, objeto del pronunciamiento del procurador general del Estado, distinguía dos procesos de votación: en el primer caso el alcalde realiza su voto después de los

⁸⁴ <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

concejales; en el segundo caso, el alcalde debe hacer uso de su voto dirimente en caso de persistir el empate.⁸⁵

5.- Inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial 446 del 12 de diciembre de 2007 y del oficio circular 117 del 20 de diciembre de 2009, suscrito por el ministro de Educación, mediante el cual se regulaba las disposiciones que se encuentran en las reformas introducidas al Reglamento de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional en lo referente al proceso de designación de autoridades de establecimientos educativos públicos (fiscales y municipales) en todos los niveles y modalidades, incluidos los institutos superiores públicos hispanos y bilingües (pedagógicos, técnicos y tecnológicos). Mediante sentencia 001-13-SIA-CC del 21 de marzo de 2013 (caso 004-10-IA), la Corte negó la demanda planteada por considerar que los actos impugnados habían sido derogados; no obstante ser esa la parte decisoria del fallo, la Corte esgrimió algunos argumentos en torno a la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos, expresando que:

El control de constitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales, es una competencia atribuida a esta Corte por el artículo 436, numeral 4 de la Constitución, mediante la cual corresponde a este organismo jurisdiccional conocer y resolver a petición de parte, acerca de la posible inconstitucionalidad de cualquier acto administrativo con efectos generales que haya emitido una autoridad pública. De este modo, es atribución de la Corte Constitucional efectuar un control abstracto de dichos actos y en caso de considerarlos contrarios a la Constitución expulsarlos del ordenamiento jurídico (...)

La acción de inconstitucionalidad constituye un mecanismo de control abstracto a posteriori, que permite examinar la constitucionalidad de un acto administrativo con efectos generales sin hacer referencia a un caso concreto. Por lo que, el control de constitucionalidad previsto en el artículo 436, numeral 4 de la Constitución se realiza con abstracción respecto de la aplicación concreta del acto administrativo y se limita únicamente a determinar la conformidad o no del acto impugnado con las disposiciones consagradas en la Constitución de la República. Si el resultado de este examen

⁸⁵ <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

determina la inconstitucionalidad, el acto administrativo con efectos generales impugnados, será declarado inválido garantizando con ello la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución.⁸⁶

6.- Inconstitucionalidad de la Resolución 001-DIR-2007-CNTHH, dictada el 24 de abril de 2007, suscrita por la subsecretaria de Transporte Vial y Ferroviario, presidenta autorizada del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, por la cual se suspendía temporalmente el despacho de los trámites administrativos que tengan relación a solicitudes de nuevas rutas y frecuencias, alargues y reducciones, modificaciones, cambios y recorridos, incrementos de cupos y cambios de horarios para la transportación pública intra e interprovincial de pasajeros en buses, así como la creación de nuevas operadoras de transporte en taxis, transporte estudiantil, carga liviana etc. Mediante sentencia 002-13-SIA-CC del 04 de junio de 2013 (caso 003-11-IA), la Corte Constitucional negó la demanda formulada por considerar que al haberse emitido otra Resolución en reemplazo de la impugnada, se extinguieron los efectos de esta no existiendo materia sobre la cual pronunciarse. De manera concreta, la Corte señaló:

Ahora bien, el presente caso entonces, hace pensar si existe la posibilidad de que la Corte realice control constitucional sobre un acto administrativo extinto (por la razón de declaratoria de “derogación”), en razón de una actuación posterior de la Administración Pública que así lo declara. La figura de la extinción de los actos administrativos está reconocida en nuestra legislación como la forma en que los actos dejan de tener efectos jurídicos.

Si bien, en razón de una analogía con las normas, lo que para ellas es la derogatoria, para los actos administrativos sería la extinción; la última de estas figuras implica que el acto no puede producir ningún efecto, mientras que las normas derogadas, por excepción, tienen efectos que se pueden extender más allá del término de su vigencia. Lo dicho implica, por lo tanto, que la disposición contenida en el artículo 76 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referente al control constitucional de normas derogadas, no puede ser aplicable por analogía al control de actos administrativos extintos.

⁸⁶ <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

En conclusión, dado que el acto impugnado se extinguió por medio de la resolución N.º 011-DIR-2011-ANT, cuya certificación consta en el proceso, y que desde ese momento perdió toda posibilidad de causar efectos jurídicos, se considera que no existe materia sobre la cual la Corte Constitucional deba pronunciarse, correspondiendo por tanto disponer el archivo de la causa.⁸⁷

Como se puede observar en las citadas sentencias, si bien los casos se refieren a *acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos*, es de rigor concluir que los actos demandados como inconstitucionales ante la Corte Constitucional -decretos ejecutivos, ordenanzas municipales, resoluciones y acuerdos ministeriales impugnados- en esencia constituyen actos normativos y no administrativos como se señala por parte de los legitimados activos, razón por la cual la vía que se debió aplicar es la acción pública de inconstitucionalidad de acto normativo y no de acto administrativo, por todas las implicaciones y los efectos que las sentencias de inconstitucionalidad conllevan en estos casos.

Frete a tales demandas, el órgano constitucional tampoco ha entrado a analizar y dilucidar temas fundamentales como la naturaleza jurídica de los actos demandados, los límites de este tipo de acciones, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos, entre otros aspectos que permitan despejar las dudas de quienes recurren a la justicia constitucional haciendo uso de las acciones que le franquea la Constitución.

La revisión de las sentencias constitucionales *ut supra*, el trámite que la legislación ha previsto para este tipo de acciones, el contenido normativo de las disposiciones que regulan las acciones de inconstitucionalidad y el aporte teórico y doctrinario sobre los actos de la administración pública, nos permiten concluir que *la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales* emitidos por cualquier autoridad pública, según la

⁸⁷ <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

disposición contenida en el artículo 436.4 de la Constitución deviene redundante e innecesaria dentro del actual esquema jurídico ecuatoriano.

Conclusiones

La administración pública en sentido material se distingue de lo que hace el juez y el legislador por su gestión, vale decir por la actividad inmediata y eficaz para lograr la realización de las finalidades del Estado, traducidas en el bien común, o lo que es lo mismo, el bienestar general de todos. Para ello la actividad administrativa tiene diferentes formas jurídicas de manifestarse, siendo el acto administrativo la categoría central sobre la que se desarrolla el quehacer público. La facultad de emitir actos administrativos no proviene únicamente de los órganos formalmente administrativos –concepto subjetivo u orgánico–, entendiéndose como tales los que forman parte de la Función Ejecutiva, sino de todos los órganos que materialmente despliegan actividades de esta índole –concepto objetivo–, es decir, la actuación administrativa responde más que a un concepto orgánico a la función materialmente administrativa que también se desarrolla por las demás funciones del Estado (Legislativo, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social).

El acto administrativo, según los destinatarios, puede ser particular o general: El primero –particular– tiene como destinatario a un individuo o grupo de individuos perfectamente determinados y plenamente identificables, de tal suerte que el acto administrativo crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales; en tanto que el segundo –general– se configura cuando los destinatarios se constituyen por un grupo de sujetos indeterminados, no individualizados plenamente.

El acto administrativo general y el reglamento, si bien constituyen actos jurídicos de la administración, la diferencia que existe entre ellos es sustancial y de grado, pues la indeterminación y el carácter general del que gozan las dos categorías no son elementos suficientes para sostener que se trata de la misma forma jurídica, dado que el acto general tiene

como fundamento situaciones específicas y se consume una vez ejecutado, en tanto que el reglamento integra el ordenamiento jurídico al regular conductas de manera abstracta y general, constituyendo fuente permanente de derecho; por lo tanto, a diferencia del acto administrativo general, el reglamento constituye un verdadero acto normativo. El mismo criterio es plenamente aplicable a todos los actos normativos, caracterizados por innovar o modificar el ordenamiento jurídico, a diferencia de los actos administrativos generales que son la expresión y aplicación de la norma.

Según el orden jerárquico de las normas, las categorías normativas de rango inferior a la ley (ordenanzas, reglamentos, decretos, etc.), más que actos administrativos de efectos generales son actos normativos que integran el ordenamiento jurídico y constituyen fuente permanente de derecho, por lo mismo, resulta redundante el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad previstas en el artículo 436 numerales 2 y 4 de la Constitución.

Frente a la tesis de que es innecesaria la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales y ante la dificultad que supone una reforma constitucional y legal que permita solventar esta situación, corresponde a la Corte Constitucional, en ejercicio de su facultad interpretativa, establecer en el mediano tiempo a través de sus sentencias, los límites y alcances del control abstracto de constitucionalidad respecto de los actos administrativos, determinando con claridad la naturaleza de las acciones constitucionales, así como sus alcances y límites en cuanto a los derechos que se protegen o los actos que se demandan.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, es de responsabilidad del máximo órgano de administración de justicia constitucional -en aplicación del principio de supremacía

constitucional- velar por que el sistema jurídico alcance niveles de validez y eficacia en lo formal y material, estableciendo criterios amplios y suficientes que permitan ordenar el funcionamiento de las instituciones jurídicas consagradas para el ejercicio de los derechos. En este sentido, es tarea fundamental de la Corte Constitucional guiar con sus fallos el accionar de los operadores de justicia y de todos quienes recurren a la justicia constitucional en procura de la solución a los diversos problemas constitucionales que se plantean.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 28, Presentación y Traducción de Carlos Bernal Pulido 2003.

Ávila Santamaría, Ramiro, *Los Derechos y sus Garantías*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Balbin, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley S.A.E., 1ª. ed. Tomo III, 2010.

Benalcázar, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2007.

Berrocal, Luis Enrique, *Manual del Acto Administrativo*, Bogotá-Colombia, Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Santa Fé de Bogotá-Colombia, Ed. TEMIS S.A., 1999.

Bulygin, Eugenio, “El concepto de eficacia”, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter: *Validez y Eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2005

Bocanegra, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid-España, Civitas Ediciones S.L., Segunda Edición, 2004.

Castillo Córdova, Luis, “La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, en José Luis Castillo Alava y Luis Castillo Córdova, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Perú, ARA Editores, 2008.

Castro Patiño, Nicolás, *El precedente constitucional vinculante para el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires- Argentina, LexisNexis Abeledo-Perrot, Tomo III, Séptima edición actualizada, 2002.

- Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1963
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Madrid-México, Hispania Libros, 12^a. Edición, 2009.
- Dromi, Roberto, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 3era Edición, 1997.
- Dromi, Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.
- Fernández de Córdova, Pedro, *Estudios de Derecho Comparado*, Cuenca, Editorial Pudeleco, 1997.
- Gallego, Alfredo y Menéndez, Ángel, *Acto y Procedimiento Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2001.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá-Lima, 2008, Editorial Temis S.A.
- Grández, Pedro, “Estudio introductorio”, en Edgar Carpio y Pedro Grández, Coordinadores, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (2007-2008)*, Lima, Palestra Editores, 2008
- López Medina, Diego, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, México D.F., Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, LEGIS, Universidad de Los Andes, Segunda edición, 2010.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo II, 1988.
- Mateo, Ramón Martín, *Manual de Derecho Administrativo*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2004.
- Morales, Marco, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2011.

Penagos, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Quinta Edición, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, 1992.

Prieto Sanchís, Luis, *Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta S.A., Cuarta Edición, 2009.

Porras, Angélica y Romero, Johanna, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, Tomo I, Quito- Ecuador, 2011.

Rivera, José Antonio, *Estudios constitucionales*, Santiago, Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de TALCA, 2006.

Secaira, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.

Zavala Egas, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Guayaquil, EDILEX S.A., 2011.

Normativa citada

Constitución de la República del Ecuador

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo

Código Civil

Sentencias de la Corte Constitucional citadas

Sentencia 004-13-SEP-CC del 21 de marzo de 2013 (caso 0032-11-EP)

Sentencia 001-10-SIA-CC del 16 de diciembre de 2010 (caso 0010-09-IA)

Sentencia 001-12-SIA-CC del 7 de junio de 2012 (caso 0008-10-IA)

Sentencia 002-12-SIA-CC del 21 de junio de 2012 (caso 0010-10-IA)

Sentencia 003-12- SIA-CC del 21 de junio de 2012 (caso 0007-10-IA)

Sentencia 001-13-SIA-CC de 21 de marzo de 2013 (caso 004-10-IA)

Sentencia 002-13-SIA-CC del 04 de junio de 2013 (caso 003-11-IA)