

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría profesional en Derecho Administrativo y Contratación Pública

**Control judicial de la inactividad material de la administración pública  
en el sistema jurídico ecuatoriano: problemática de la inexistencia de  
un acto administrativo previo**

Viviana Carolina Cárdenas Garzón

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2020





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Viviana Carolina Cárdenas Garzón, autora del informe de investigación intitulada “Control judicial de la inactividad material de la administración pública en el sistema jurídico ecuatoriano: problemática de la inexistencia de un acto administrativo previo”, 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 Derecho Administrativo y Contratación Pública 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 formato virtual, electrónico, digital u 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.

20 de enero de 2020

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

El presente estudio se relaciona con la inactividad material de la administración pública y la problemática respecto a su posibilidad de impugnación directa ante la justicia contencioso administrativa, considerando que por tradición, especialmente por la influencia francesa, su carácter es meramente revisor. En otras palabras, en la legislación ecuatoriana se da la presencia únicamente de recursos al acto, con pretensiones de anulación, reforma, reconocimiento de un derecho o reparación integral de un daño.

Además, lo que se ha pasado por alto es que esa naturaleza revisora del control jurisdiccional deja de lado aquella inactividad que se presenta por una inejecución, sea material o jurídica, de una obligación debida de la administración; debido a la concepción arcaica de que el aparato estatal solo provoca un daño cuando actúa, es decir, cuando genera un acto formal. Con esto, se cae en una arbitrariedad que provoca indefensión a los ciudadanos, quienes no tienen un mecanismo idóneo para hacer valer sus derechos, y es ahí donde se destaca la relevancia social y académica de este estudio.

En nuestra legislación no está normado el mecanismo para impugnar la inactividad del Estado, con la excepción de una reclamación en sede administrativa para generar un acto formal impugnabile o a su vez el acudir a la justicia constitucional. Por medio del presente trabajo se pretende analizar conceptualmente la inactividad material, verificar el estado actual de la justicia contencioso administrativa ecuatoriana y buscar, aunque sea en teoría, una posible solución al control de la pasividad administrativa.

En el presente trabajo se aplicará el método dogmático para realizar tanto un análisis normativo de la legislación ecuatoriana e internacional, como interpretación de doctrina; y el método comparativo, ejercicio en el cual se utilizará la ley española y costarricense de la materia.

Con todo ello se pretende lograr como resultado entender en qué medida es posible en el sistema jurisdiccional ecuatoriano impugnar directamente la inactividad administrativa, sin que medie un acto administrativo previo; y, comprender si al menos con las normas con las que contamos sería posible un mecanismo directo a futuro.

Palabras clave: inactividad administrativa, acto administrativo, sistema revisor, medidas cautelares, cometidos estatales, tutela judicial efectiva, recursos, justicia plenaria.



Este trabajo está dedicado a mi familia por su constante apoyo y sacrificio; también a mis maestros por todos los conocimientos impartidos a lo largo de este camino académico, que ha significado un aprendizaje continuo para mi crecimiento no solo intelectual sino también personal y profesional.



## Agradecimientos

Agradezco, en primer lugar, a Dios por haber sido mi luz y guía, fuente de todo conocimiento, por haberme dado la fortaleza de culminar con éxito esta etapa académica en mi vida.

Luego, a mi madre, por haber estado presente en cada triunfo y en cada fracaso, siendo mi compañera incondicional para darme aliento e impulsarme a seguir adelante, pese a cualquier dificultad o sacrificio.

A mi esposo, por su paciencia y amor constante, pero sobre todo por haber sido mi compañero de batalla en este arduo recorrido académico.

A mis profesores, grandes profesionales que con empeño y responsabilidad supieron transmitir conocimientos valiosos; en especial a mi tutora, doctora María del Carmen Jácome Ordóñez, por su paciencia y tiempo dedicado en solventar mis inquietudes a lo largo del presente trabajo de investigación.



## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: La administración pública: actividad e inactividad.....	17
1. La administración pública y su estructura .....	17
2. Formas de actividad administrativa .....	21
2.1. Acto administrativo .....	23
2.2. Hecho administrativo.....	31
2.3. Contrato administrativo .....	33
2.4. Reglamento .....	35
3. Inactividad de la administración.....	38
3.1. Conceptualización .....	40
3.2. Elementos .....	41
3.3. Clasificación de la inactividad.....	43
3.3.1. Inactividad formal.....	44
3.3.2. Inactividad material .....	47
3.3.3. Inactividad de efectos trilaterales .....	49
3.4. Tipología de la inactividad material .....	50
4. Desviación de poder .....	56
Capítulo segundo: Control jurisdiccional de la inactividad material de la administración pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	59
1. El control que realiza la jurisdicción contencioso administrativa .....	59
1.1. Objeto y pretensiones procesales.....	63
1.2. La impugnación de la inactividad material.....	68
1.2.1. Recursos directos .....	71
1.2.2. Necesidad de recurso especial en nuestra legislación .....	80
1.2.3. Medidas cautelares .....	83
2. Nueva concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa: hacia una justicia universal.....	89
2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva.....	91
2.2. El derecho a una buena administración .....	96
Conclusiones.....	101
Bibliografía.....	103



## Introducción

La presente investigación se relaciona con la inactividad material de la administración pública, entendida como aquella pasividad del Estado respecto a las obligaciones que vienen determinadas en la ley o en la Constitución. Representa tanto una violación al principio de legalidad como una falta al desarrollo de una buena administración, pues se deja de lado la vocación de servicio como parte del concepto de la administración pública manejado en el Estado social de derecho y más aún en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el ecuatoriano.

Actualmente, la inactividad del Estado no se encuentra regulada procesalmente en nuestro derecho positivo; la única referencia con la que se cuenta es la indicada en el artículo 217 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, que habilita a los jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para conocer los procesos relacionados con ella, así como acciones de responsabilidad para posterior indemnización al afectado. Sin embargo, no se encuentran establecidos mecanismos para impugnarla de modo directo en sede judicial, más allá de la reclamación que se puede ejercer en sede administrativa o recurrir a una acción por vía de las garantías jurisdiccionales.

Eso se debe, principalmente, a que por influencia de la tradición francesa se recurre al acto en sede jurisdiccional; pero si la administración pública no ha actuado no existe un acto al cual controlar, generando un problema para impugnar aquello que la administración ha dejado de hacer. No obstante, es menester abandonar este letargo legislativo y crear una acción directa para impugnar la pasividad administrativa, pues se debe tener presente que esta al igual que una actividad puede llegar a perjudicar derechos individuales o colectivos de los ciudadanos; en este sentido, se requiere ampliar el control jurisdiccional tanto hacia la actividad administrativa como a sus omisiones.

Esto no es una quimera, sino que todo depende de la voluntad legislativa de brindar mecanismos de control de la administración y establecer mayores parámetros de protección a los derechos del ciudadano para que este no quede en indefensión ante un incumplimiento de obligaciones o deficiente prestación de servicios por parte de la administración pública. Es necesario, por lo tanto, un cambio total del sistema de control de la administración pública, lo cual comprende una reforma que va desde la

legitimación, tipos de sentencias que emite el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, medidas cautelares posibles de ejercitar y amplios poderes de actuación y ejecución a los jueces de lo contencioso administrativo.

En el actual modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia no es posible dejar resquicio alguno fuera del control de los órganos jurisdiccionales, pues este resalta que los derechos ciudadanos deben ser inicio y fin de las actuaciones administrativas, convirtiéndose en el centro de protección por parte del Estado. De ese modo, una deficiente prestación de un servicio o, peor aún, su no ejecución debe ser sancionada como una inactividad que viola el principio de juridicidad y evita la presencia de una buena administración.

La consagración de derechos ciudadanos en la Constitución impone, por sí misma, la obligatoriedad de todos los funcionarios públicos del levantamiento de obstáculos que impidan su realización, quedando vetadas cualquier acción u omisión que los menoscabe. De ahí que, la ausencia de un acto administrativo no puede convertirse en una traba para la exigencia de los derechos del administrado y la inactividad administrativa debe ser motivo suficiente para activar el control por parte de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, debido a la infracción causada al ordenamiento jurídico.

Este trabajo tiene como objetivos, por un lado, estudiar la figura de la inactividad material de la Administración Pública, en cuanto a sus elementos, tipos y maneras de presentarse en la realidad, pues contrario a lo que se piensa, el no hacer de la administración puede hallarse en la no prestación de servicios públicos, inactividad reglamentaria, inactividad legislativa, omisión de dictar actos administrativos, entre otros; y, por otro lado, verificar en qué medida el sistema jurisdiccional ecuatoriano ha superado o no el paradigma revisor de la legalidad del acto administrativo con relación a la inactividad de la administración pública, luego de un ejercicio comparativo de la figura en otras legislaciones, atendiendo a su apertura respecto al control de las omisiones estatales y la configuración de su sistema judicial respecto a legitimación, pretensiones, sentencias, medidas cautelares, entre otros aspectos.

En virtud de lo cual, en el primer capítulo se realizará un análisis teórico de lo que comprende la actividad administrativa, partiendo de la conceptualización de lo que se entiende por administración pública conjuntamente con sus fines. Del mismo modo, se estudiará la inactividad para delimitar su concepto, descendiendo específicamente a la inactividad material, con una breve referencia a la inactividad formal, debido a que

ésta ya ha sido ampliamente tratada en la doctrina por la figura del silencio administrativo. En ese mismo orden, se hará una aproximación a su clasificación, tipología y elementos que la configuran, a fin de tener una visión global de lo que implica la inactividad de la administración pública.

En el segundo capítulo se estudiará la jurisdicción contencioso administrativa, respecto al control que esta realiza desde la perspectiva actual en nuestro país, especialmente, en cuanto a la legitimación procesal, su objeto y las pretensiones que se pueden ejercitar ante ella. Para esto se tomará como referencia otras legislaciones que han modificado su estructura judicial administrativa a fin de abrir paso a un control basado en una justicia plenaria y universal, implementando para ello recursos directos ante la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente la española y costarricense.

En los mencionados países se ha procedido a una reforma en cuanto al sistema de medidas cautelares, clases de sentencias que emite el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre otros mecanismos. De ello que se ha tomado en este estudio a la legislación española por ser precursora del conocimiento de la justicia administrativa universal y plenaria, así como la pionera en la transformación de sus textos legales para tratar judicialmente la figura de la inactividad administrativa a través de un recurso, además de que por tradición nuestro sistema judicial contencioso administrativo la ha tomado como referencia para normarlo; y, a la legislación de Costa Rica, por ser la única en América Latina que ha ampliado temas de legitimación, recursos y medidas cautelares en la justicia contencioso administrativa para impugnar la inactividad administrativa. Con base en ello, se reflexionará sobre la necesidad de reformular las acciones con las que actualmente contamos en nuestra legislación y se verificará la posibilidad vigente de impugnar directamente una inactividad administrativa.

En ese mismo capítulo se entrará a estudiar dos pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el control de la inactividad de la administración pública, a saber: la tutela judicial efectiva y la buena administración, como derechos de los ciudadanos, que deben ser suficiente motivación para permitir una fiscalización amplia del actuar administrativo; y a la misma vez, como obligaciones de la administración pública que permiten el cumplimiento de los fines estatales determinados en la Constitución y la ley.



## Capítulo primero

### La administración pública: actividad e inactividad

#### 1. La administración pública y su estructura

Definir a la administración pública, dentro de la doctrina, no ha sido tarea sencilla; por exclusión, se ha determinado que administrar es todo aquello que no se encuentra en la esfera de legislar o juzgar. Así, en un intento de conceptualizarla, han surgido múltiples definiciones a partir de caracteres que la identifican, criterios respecto a su actuación o por el objeto que la misma persigue.

En este sentido, se pueden encontrar definiciones de administración pública en atención a enfoques como: subjetivos (otorgándole la calidad de persona jurídica regida por una concepción de un derecho estatutario conocido como Derecho Administrativo), objetivos (resaltando su lucha por buscar el interés común y el bien a la colectividad por medio de sus actuaciones), teleológicos (concentrado en los fines que persigue) o funcionales (respecto a su consideración como una función del Estado).<sup>1</sup>

Según los profesores Víctor Granda y Ricardo Rivero, en su libro “Derecho Administrativo”, la administración pública implica el “conjunto de órganos, personas recursos, y métodos de actuación formales e informales [...] cuya naturaleza de poder público (ostenta prerrogativas) es la nota más relevante, junto con el cometido constitucional de servicio objetivo a los intereses generales”.<sup>2</sup>

En ese orden de ideas, nuestra Constitución, en el artículo 227, indica que la administración pública constituye un servicio a la colectividad y señala los principios bajo los cuales debe actuar, organizarse y seleccionar a sus funcionarios. Es decir, nuestra legislación se ha decantado por considerarla desde un criterio objetivo que debe perseguir la administración pública.

Revisada la doctrina al respecto, concuerdo con el criterio manejado por los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, que indican que las relaciones jurídico-administrativas únicamente se explican por cuanto la administración pública es una persona jurídica regida por un derecho propio, que es el derecho

---

<sup>1</sup> Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar, *Derecho Administrativo*, vol. 40 (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 31.

<sup>2</sup> *Ibid.*

administrativo; y en tanto ente personificado puede emitir declaraciones de voluntad (en sentido individual o convenido), ser titular de patrimonio o ser responsable<sup>3</sup> por sus acciones u omisiones.

En este sentido, la personalidad de la administración pública es la única que no desaparece en el tiempo, ni las circunstancias lo varían, como sí sucede por ejemplo con el cambio continuo de su estructura, sus órganos, funcionarios, e incluso sus funciones o fines, los cuales van atados al modelo estatal que rija en ese momento. Por este motivo, no se puede confundir a la administración pública con un conjunto de órganos más o menos estables sino que, por el contrario, se debe entender que su organización viene determinada por el Derecho debido a su consideración como persona jurídica.

La idea de considerar a la administración como una persona jurídica y por tanto, objeto de imputación de obligaciones y capaz de ejercer potestades es la teoría mayormente aceptada como base para definir a la administración pública, la cual tiene su origen en la confusión de *dominium e imperium* en una sola persona, llamado príncipe o rey. Posteriormente, con el deseo de separar la parte pública de la privada se dió al Estado la forma de persona jurídica, con un carácter colectivo, como centro de imputación de relaciones jurídicas; la cual estaría representada por un mandante que ostenta un poder delegado, pero inferior al Estado en sí; con lo cual surge la idea del Estado moderno.<sup>4</sup>

Con esta concepción se diseña la teoría del fisco por medio de la cual se crea una “condición de persona jurídica privada [al Estado y que permitiría] utilizarle como centro de imputación de relaciones de tipo patrimonial e, incluso, someterle a los Tribunales ordinarios”.<sup>5</sup> En otras palabras, progresivamente se fue sometiendo las actuaciones estatales no solo al derecho público sino también al derecho privado por tratarse de situaciones que no se enmarcaban en el ámbito público, pero que eran realizadas por esta persona ficta de carácter público. Además, esta teoría habilitó la distinción de actos de autoridad y actos de gestión, que facilitaron el control de su proceder ante los tribunales ordinarios o especializados, por medio de Tribunales de lo Contencioso Administrativo.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 2011), 35.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 384.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 385.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 387.

Continuando con este análisis histórico, vale destacar que tras la Revolución francesa, que proclamó el principio de división de poderes, se identificó a la administración pública con el poder ejecutivo, convirtiéndose el Derecho Administrativo en el régimen jurídico de la función administrativa. Es a partir del siglo XIX en el que se reconoce a la administración pública como persona jurídica y se establece la independencia del Derecho Público.<sup>7</sup>

La personalidad del Estado, considerada de forma integral, se produce únicamente cuando este se presenta en un plano internacional, al relacionarse con otros Estados. Desde la vista interior, con el derecho nacional, esta personalidad se da respecto de uno de sus componentes que es la administración pública, la cual dotada de personalidad persigue cometidos constitucionales de bienestar común y tiene fines específicos en su actuación, con responsabilidades por ser sujeto de relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo, así lo indican los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, con las siguientes palabras:

La Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio [...] Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad [...] sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que esta ordenada. Así, la Constitución, al referirse a la Administración, además de subrayar como nota definitoria su carácter servicial [...] extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada [tanto a la ley como al Derecho y siendo sus actuaciones controladas por los Tribunales].<sup>8</sup>

La administración pública se compone de un complejo de entes, cada uno de los cuales posee personalidad jurídica propia; es por esto que los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández afirman que es necesario hablar de administraciones públicas<sup>9</sup> que se integran a la administración estatal o a los gobiernos autónomos descentralizados, en el caso ecuatoriano.

En este sentido, los profesores García de Enterría y Ramón Fernández señalan que como persona jurídica, la administración pública tendría como características: 1. Gozar de personalidad jurídica única (sus funciones y su organización son un todo); 2. Personalidad jurídica originaria (no la crea ningún otro sujeto sino que nace de la Constitución); 3. Es una persona jurídica superior (ostenta supremacía de carácter

---

<sup>7</sup> Ibid., 34.

<sup>8</sup> Ibid., 39.

<sup>9</sup> Ibid., 383.

operativo, pues vía coacción impone deberes o crea situaciones jurídicas); 4. Es una persona jurídica territorial (ocupa un determinado espacio donde ejerce su competencia).<sup>10</sup>

Con estas ideas expuestas hasta el momento, me arriesgaría a definir a la administración pública como aquel ente territorial con personalidad jurídica originaria, que ostenta prerrogativas públicas otorgadas por el ordenamiento jurídico (entregadas por el poder soberano del pueblo), la cual actúa a través de órganos complejamente estructurados, más o menos estables, regidos por el Derecho Administrativo, y cuya actuación es objeto de control por medio de tribunales especializados.<sup>11</sup>

En este contexto, hay que señalar que en el caso ecuatoriano la Constitución de la República delimita la estructura de la administración pública en el artículo 225, la cual se compone de:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.<sup>12</sup>

Continuando con el estudio de la administración pública, en la tabla 1 se muestra un intento de esquematizar su tipología, según los profesores García de Enterría y Ramón Fernández, pero explicada desde la realidad ecuatoriana; es decir, considerando los entes indicados el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador:

Tabla 1

**Tipología de la administración pública**

Tipología	Ente descrito en la Constitución de la República (art. 225)	Justificación
Administración del Estado	Organismos y dependencias de las funciones del Estado	Son entes que conforman la estructura general y macro del Estado, de la cual derivan organismos que permiten la ejecución material de las funciones estatales, según la competencia conferida.
		Se trata de entes locales con autonomía

<sup>10</sup> *Ibíd.*, 389-91.

<sup>11</sup> En nuestro país, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 183 y 216 del Código Orgánico de la Función Judicial, estos órganos especializados son tanto los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo como las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

<sup>12</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 225.

Entes territoriales	Entidades que integran el régimen autónomo descentralizado	respecto a su organización, actividades, fines, políticas públicas y determinación de necesidades públicas. Para estos el territorio implica el ámbito válido de ejercicio de sus competencias respecto a la totalidad de habitantes en ese espacio.
Entes no territoriales	Entidades creados por la Constitución o la ley; así como personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para el ejercicio de la potestad estatal, prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado	Para estos entes el territorio es solo el espacio físico donde desarrollan su labor; su competencia se encuentra limitada a un ámbito espacial que se extiende solamente con relación a cierto grupo de habitantes, estando su desenvolvimiento afectado necesariamente a un ente territorial que se erige como su creador, como sucede con el caso de las empresas públicas. Para este tipo de entes el “elemento patrimonial pasa, por tanto, a un segundo término; el ente matriz puede sostener de una manera permanente a la Institución, sin necesidad de una dotación de capital, de cuyas rentas o con cuya explotación obtener ingresos de sostenimiento”. <sup>13</sup>

Fuente: García de Enterría y Ramón Fernández (2011).

Elaboración propia

## 2. Formas de actividad administrativa

Unidos al nacimiento del Estado surgieron sus fines y obligaciones, dentro de los cuales existen unos clásicos y otros que con el devenir de las necesidades se han ido aumentando. Entre los primeros, se encuentran los de defensa, mantenimiento de la seguridad y orden público, y servicios públicos; y entre aquellas que se han ido sumando, por influencia de organismos de planificación y de organización internacionales, la de fomento público y privado,<sup>14</sup> por ejemplo, a través de nuevas formas de crecimiento productivo como las alianzas estratégicas público-privadas o concesiones.

En este sentido, en el caso ecuatoriano, bajo el título de deberes primordiales del Estado, se recogen dichas obligaciones en el artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, tanto las clásicas como las modernas antes enunciadas. Del mismo modo, en el artículo 227 de la Constitución vigente se concibe a la administración pública como un servicio a la colectividad con ciertos deberes por cumplir, los cuales bien resumen los profesores Ricardo Rivero y Víctor Granda, del siguiente modo:

<sup>13</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 403.

<sup>14</sup> Rivero y Granda, *Derecho administrativo*, 213.

Corresponde a la administración, por tanto, desarrollar un conjunto de actividades para otorgar a los ciudadanos seguridad y control del ejercicio pleno de sus derechos (policía), lo que implica restricciones, prohibiciones y autorizaciones; proveer y controlar los servicios públicos propios e impropios (servicio público); gestionar los recursos naturales y sectores estratégicos mediante empresas públicas y captar y asignar los recursos necesarios para garantizar a aquellos (gestión económica) y definir y ejecutar políticas públicas que propendan, no solo a la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, sino también al fomento e incentivo mediante medidas de apoyo y subsidio a las actividades [...].<sup>15</sup>

Para hacer efectivos esos deberes, la administración pública debe recurrir a la ejecución de actos jurídicos y de operaciones materiales de diverso tipo. Todas ellas se realizan avaladas en poderes jurídicos que le han sido otorgados y que determinan su aptitud legal y legítima de obrar; conforme lo determina el profesor Enrique Sayagués, estos poderes son: potestades de legislación, administración, jurisdiccional y constituyente,<sup>16</sup> las cuales se revisarán a continuación brevemente:

1. *Función constituyente*: Entendida en su dimensión formal como la capacidad de crear normas constitucionales; y en su aspecto material, como la creación o modificación de normas relativas a la organización estatal.<sup>17</sup>

2. *Función legislativa*: Desarrollada por el poder legislativo, tiene a su cargo la generación de leyes de acuerdo a un procedimiento legal y constitucional predeterminado, para que rijan como normas de carácter general o de alcance individual.<sup>18</sup>

3. *Función jurisdiccional*: Implica la actividad del Estado de impartir justicia en una situación controvertida a través de la instauración de un proceso legalmente previsto, que precautela derechos de defensa y contradicción; cuya decisión se concreta en una sentencia.<sup>19</sup>

4. *Función administrativa*: Tiene a su cargo la realización de actividades jurídicas con alcance subjetivo y operaciones materiales para la prestación de servicios públicos. En otras palabras, esta función es la encargada de llevar a la práctica los cometidos estatales por medio de actos jurídicos, como: actos, hechos, contratos administrativos, actos de simple administración y reglamentos, siendo estos últimos el instrumento propio de la acción administrativa para el establecimiento de reglas en cada

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*, 213-4.

<sup>16</sup> Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009), 53-66.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, 53.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, 54-5.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 62-3.

actividad.<sup>20</sup> De ello que el profesor Sayagués Laso mencione con objetividad que “es la actividad concreta, práctica [...] es un hacer efectivo, mientras que la legislación y la justicia son actividades exclusivamente jurídicas”.<sup>21</sup>

Teniendo eso en consideración, es importante indicar que todas las funciones del Estado, de una u otra manera, en la organización y prestación de sus servicios recurren a la función administrativa a fin de concretarlos en la realidad, o lo que es lo mismo, de hacerlos efectivos conforme la normativa vigente. Entonces, si bien la función administrativa aparece con mayor fuerza en el poder ejecutivo, esto no quiere decir que le pertenezca con exclusividad, sino que dicha función está presente en todos los órganos del Estado, a nivel central y desconcentrado, y en todas las funciones estatales.

En este contexto, se debe mencionar que los cometidos estatales son todas aquellas actividades que el derecho vigente otorga a la administración para que las concrete, las cuales varían conforme la estructura del Estado y sus fines, como por ejemplo la actividad de creación de normas con carácter general, administración de justicia, prestación de servicios públicos, planificación económica, entre otras. Las funciones estatales, por su parte, son las formas que asume la actividad estatal a fin de cumplir con esos cometidos, y su estudio se encuadra en el campo de las ciencias jurídicas,<sup>22</sup> es decir, refiere a todos los órganos o formas estructurales, conformadas por el Estado, para habilitar la ejecución de los cometidos estatales, como por ejemplo las funciones constituyente, judicial, administrativa, legislativa, ejecutiva, entre otros.

La función administrativa es de naturaleza ejecutora y dinámica, por medio de ella se lleva a la práctica toda la actividad estatal, que implica a su vez la consecución de cometidos estatales por medio de actos jurídicos de diversa naturaleza: creación de normas (reglamentos, actos normativos), generación de efectos jurídicos subjetivos (actos administrativos), ejecución de operaciones materiales (hechos administrativos), celebración de acuerdos bilaterales (contratos administrativos), entre otros.

## **2.1. Acto administrativo**

Una de las principales formas por las cuales la administración pública lleva a cabo los cometidos estatales son los actos administrativos.

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 58.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, 59.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 66.

La concepción francesa consideró al acto administrativo como aquel emitido por autoridad administrativa y por consiguiente sometido a su propio control, esto con el afán de separar el actuar administrativo de la administración de justicia. El profesor Agustín Gordillo lo define de un modo bastante sencillo, al indicar que se trata de “decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio”.<sup>23</sup> Por otro lado, el profesor Efraín Pérez, lo define como “la declaración de un órgano público competente que crea, modifica, reconoce o extingue una situación jurídica individual”.<sup>24</sup>

Con estos antecedentes, se podría decir que, en un sentido amplio, el acto administrativo se refiere a “todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo”,<sup>25</sup> que es lo que el profesor Sayagués Laso, con miras a evitar confusiones, denomina *actos de administración*. Y, en un sentido restringido, como “la declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos”.<sup>26</sup>

La legislación ecuatoriana, en el Código Orgánico Administrativo, lo define en su artículo 98 como “la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa”.<sup>27</sup>

Para comprender el alcance del concepto se pueden analizar de modo breve cada uno de sus componentes:

*Declaración de voluntad:* Se trata de una declaración intelectual que excluye la material, pudiendo ser expresa o tácita (manifestada con conductas que hacen suponer una inclinación de voluntad). Los profesores García de Enterría y Ramón Fernández incluyen en este concepto a las declaraciones intelectuales, sean estas, de juicio, de conocimiento o de deseo (contempla desde actos consultivos, informes, peticiones, actos certificantes, entre otros), aunque no desconoce que solo las declaraciones de voluntad o resoluciones propiamente dichas son impugnables.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* (Buenos Aires: Gordillo y Fundación de Derecho Administrativo, 2014), tomo 9, 194, [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo9.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo9.pdf).

<sup>24</sup> Efraín Pérez, *Manual de Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 70.

<sup>25</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 369

<sup>26</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 388.

<sup>27</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 98.

<sup>28</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 572.

*Unilateral*: implica una declaración individual de la administración en tanto persona jurídica, es decir, la presencia de una sola voluntad, sin importar si la decisión ha sido producto de dos o más órganos de la administración (actos complejos) o si dicho acto necesita de la aceptación de parte del ciudadano para perfeccionarse.<sup>29</sup>

*Emanada por la administración*: la declaración de voluntad debe proceder de la administración pública, con independencia del poder estatal al que pertenezca el órgano emisor, sea de modo directo o indirecto, por medio de una delegación de competencia, pero siempre *en uso de una potestad administrativa*.<sup>30</sup>

*Produce efectos jurídicos subjetivos*: Tiene un alcance individual en la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos, que lo diferencia de los reglamentos, los cuales siendo actos de la administración generan efectos jurídicos generales.<sup>31</sup> Estos efectos deben necesariamente exteriorizarse, puesto que si permanecen y culminan dentro de la misma administración no van más allá de ser simples actos de administración,<sup>32</sup> en otras palabras, quedarían como una declaración interna o interorgánica sin capacidad de producir efectos jurídicos directos hacia el exterior, es decir, a la esfera de los derechos subjetivos del administrado.

Solo el acto regular es capaz de generar efectos jurídicos y estos alcanzan a su receptor desde el momento en que le son notificados o publicados; en otras palabras, desde ese instante el acto administrativo se torna eficaz. De ello que la doctrina ha hecho la distinción entre la perfección del acto y su eficacia, puesto que bien puede haber sido emanado el acto administrativo con todos sus requisitos y con el procedimiento adecuado, pero no ser eficaz por cuanto no se lo ha hecho conocer al interesado o no se han cumplido otras formalidades que rodean al acto administrativo.<sup>33</sup>

Sus efectos jurídicos se producen de modo general hacia el futuro, salvo excepciones legales que los permitan como retroactivos,<sup>34</sup> así sucede en nuestra legislación porque el artículo 102 del Código Orgánico Administrativo habilita a que los efectos jurídicos procedan hacia el pasado, bajo la condición de que genere efectos favorables al ciudadano<sup>35</sup> y sea susceptible de ejecutarse; en la doctrina a esta última característica se la denomina ejecutividad, a la cual acompaña la ejecutoriedad, que

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, 573.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 389.

<sup>32</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 205.

<sup>33</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 486-7.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 488.

<sup>35</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 102.

implica la capacidad de la administración de llevar a la práctica por sí misma sus actos, aun ejerciendo coerción.<sup>36</sup>

A estas características del acto se suma la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos por ser instrumentos públicos. Esta supone que mientras no haya sido invalidado el acto debe cumplirse y ejecutarse, más cuando su finalidad implica la satisfacción de una necesidad pública.<sup>37</sup>

Sin embargo, existen ciertos actos irregulares que pueden ser invalidados porque uno de sus elementos no ha sido cumplido o se encuentra viciado, generando como sanción, y según la gravedad, su nulidad (vicios no susceptibles de convalidar) o su anulabilidad (vicios convalidables). A pesar de que nuestra legislación no lo reconoce, la doctrina menciona la posibilidad de los actos inexistentes, que según el profesor Sayagués Laso aparecerían cuando haya “vicios sumamente graves, inexcusables, como ser: incompetencia absoluta del órgano administrativo, usurpación de funciones, ilicitud grosera, etc.”.<sup>38</sup>

El acto administrativo para ser regular debe contener ciertos elementos que hagan posible su nacimiento a la vida jurídica sin vicios, es por esto que a fin de entender cuándo un acto administrativo es irregular y verificar si, según la gravedad de la falta, es susceptible o no de convalidarse, a continuación se revisarán en conjunto tanto los elementos del acto administrativo como sus vicios.

De conformidad con el artículo 99 del Código Orgánico Administrativo, la validez del acto viene determinado por los siguientes requisitos: 1. Competencia, 2. Objeto, 3. Voluntad, 4. Procedimiento, 5. Motivación.<sup>39</sup> En la doctrina se concibe como elementos esenciales de los actos administrativos, los siguientes:

*Órgano competente:* El acto administrativo siempre debe proceder de un órgano de la administración pública que tenga competencia para emitirlo; es decir, aquel que se enmarque en la medida de actuación que ha fijado la norma como parte de las tareas encomendadas al ente público. Si el acto es emitido por una entidad no estatal o por un órgano de la administración fuera de los límites de la competencia asignada por la ley, el acto adolece de vicios y podría contener una causa de nulidad.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 489.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> *Ibíd.*, 501.

<sup>39</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 99.

<sup>40</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 431

La competencia se determina en función de la materia (referente al asunto en cuanto contenido y objeto), territorio (determinado a una localidad o circunscripción concreta), tiempo (las potestades se habilitan para un espacio temporal en el que puede ser ejercido) y grados (en función de la jerarquía que la ley ha establecido para su ejecución). Todas estas cualidades de la competencia deben coincidir en la generación de un acto administrativo para ser considerado como válido.<sup>41</sup>

El exceso en cuanto al ejercicio de la competencia puede darse bajo varios supuestos: cuando el órgano administrativo actúa en ejercicio de una competencia que no tiene, sin que tampoco otro la tenga asignada; cuando el órgano administrativo invade la competencia que el derecho objetivo le ha encargado a otro; cuando un órgano administrativo usurpa la competencia de otro, sea que los órganos pertenezcan a una misma entidad pública (respecto a la jerarquía establecida) o a distintas instituciones públicas estatales, cada una de las cuales determina la gravedad del vicio y si éste puede ser subsanable.<sup>42</sup>

Los profesores García de Enterría y Ramón Fernández añaden que este elemento implica a más del actuar competente del órgano, la presencia de una investidura legítima, es decir, que también las personas físicas se encuentren habilitadas por el derecho para representar al órgano en la toma de decisiones, con la condición de ser imparcial.<sup>43</sup>

*Voluntad:* la voluntad válida es aquella que se expresa de acuerdo a las formas legales indicadas, por lo que la inconsistencia entre la voluntad que se emite con la real implica el nacimiento de un acto viciado. Los vicios a la voluntad pueden ser el error (respecto al objeto o las circunstancias), violencia o dolo (pueden incluso constituir delitos).<sup>44</sup>

*Contenido:* el actuar administrativo debe ajustarse a los presupuestos de hecho que ha tipificado la norma, es decir, configura la parte reglada del acto administrativo, por lo que su incumplimiento es controlable por la justicia contencioso administrativa. Su objeto debe ser lícito, cierto y determinado, siendo nulos los actos que contengan obligaciones imposibles.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 376.

<sup>42</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 432.

<sup>43</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 577.

<sup>44</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 433

<sup>45</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 577-8

Si el presupuesto de hecho no es seguido por la administración la validez del acto se ve afectada en cuanto al contenido por no alinearse a las normas vigentes. En el contenido del acto se puede verificar la parte natural (la que debe necesariamente existir, caso contrario el acto no sería tal y deviene en otro), la implícita (aquella que aun no estando fijada de modo expreso en la norma se entiende inmersa en el acto) y la eventual (es la parte variable del acto, que puede omitirse en el acto administrativo).<sup>46</sup> En cuanto a los actos discrecionales, al dictarse deben mirar razones de conveniencia y de oportunidad para ser válidamente emitidos.

En conclusión, en actos reglados la invalidez se determina por la violación a normas legales o constitucionales y en actos discrecionales por las situaciones de oportunidad y conveniencia.

*Motivos:* Se relaciona con la causa del acto administrativo, es decir, la situación de hecho o derecho que impulsa a la expedición del acto administrativo;<sup>47</sup> este elemento va de la mano con la obligación constitucional y legal de motivar los actos de la administración, es decir, expresar las razones por las cuales se emite el acto, mismas que son controlables tanto en sede administrativa en su fase de aplicación, como en la jurisdiccional, en su fase de fiscalización, a fin de determinar el cumplimiento de la norma (control de legalidad de la actuación administrativa).

Esta obligación se encuentra en nuestro derecho constitucional como una garantía del debido proceso en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y la forma en la que debe realizarse se encuentra determinada en el artículo 100 del Código Orgánico Administrativo; la falta de motivación es sancionada con la nulidad del acto administrativo.

*Finalidad:* Contempla el objetivo que la norma ha establecido para el ejercicio de un poder jurídico,<sup>48</sup> de tal manera que si éste es utilizado para una finalidad distinta de la asignada, aun cuando se trate de cubrir otra finalidad pública, se configura su invalidez por incurrir en una desviación de poder, la cual será analizada en un acápite posterior de la presente investigación. Al contener los actos unas finalidades tasadas en el ordenamiento jurídico su no cumplimiento deviene en un vicio en el fin que debe perseguir el acto.

---

<sup>46</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 439.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, 442.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, 448.

*Forma:* Los actos administrativos son formales en su expedición, por lo que deben dictarse de acuerdo al procedimiento legal y atendiendo a ciertas formalidades, las que pueden ser exigidas antes, simultánea o posteriormente a dictarse el acto administrativo.<sup>49</sup> La forma del acto administrativo hace referencia a la manera legal en la que debe expresarse la voluntad de la administración pública, que si bien no se encuentra ni en doctrina ni en legislación de modo unificado, se concluye que el mismo debe estar realizado por escrito (sea en forma física o digital), aunque no se excluye la posibilidad de que el mismo sea verbal o en señas,<sup>50</sup> cumplir con la notificación o publicación, contar con fecha de su expedición, funcionario que lo expide, entre otros, que pueden variar según el ordenamiento jurídico de cada Estado.<sup>51</sup>

*Procedimiento:* Constituye un elemento de los actos administrativos dado que para su nacimiento válido debe seguirse un camino legal que permita su producción. Es un conjunto de operaciones, trámites y formalidades ordenadas que determinan para la administración la certeza y eficacia de su decisión, y para el ciudadano figura como fuente de seguridad jurídica<sup>52</sup> respecto a que la administración ha evaluado la situación y ha expresado su voluntad motivadamente; es decir, permite verificar que el acto administrativo no ha sido producto de la espontaneidad o la casualidad. El cumplimiento de las normas de procedimiento se enmarca en el principio de legalidad, al que deben sujetarse todos los órganos administrativos, por lo tanto, constituye un deber imperativo cuyo incumplimiento puede generar irregularidades que provocarían nulidad del acto si se ha obviado completamente, o un vicio anulable o convalidable si la gravedad es susceptible de regularización.

Es menester tener en cuenta que los vicios que se determinan en el ordenamiento jurídico para el derecho privado no generan las mismas consecuencias en el derecho público, pues en este último es donde la mayoría de los vicios son susceptibles de convalidar, salvo aquellos que vulneren gravemente el derecho; mientras que en el derecho privado, por disposición legal, debido a cualquier violación al ordenamiento jurídico se considera al acto como nulo, conforme lo indica el artículo 9 del Código Civil ecuatoriano.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, 458.

<sup>50</sup> Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo: del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos* (Madrid: COLEX, 2012), 429.

<sup>51</sup> García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 588.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> Artículo 9.- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención (Código Civil ecuatoriano).

Desde esta perspectiva, la teoría de la invalidez de los actos administrativos tiene en cuenta distintos tipos o grados, a saber:

1. *Actos nulos*: Nuevamente, en contraposición al derecho privado, que considera a los actos como nulos de pleno derecho de inicio y posterior a su producción; en el derecho público, los actos administrativos pueden contener un vicio pero, por efecto de la presunción de legalidad y validez que los acompaña desde su origen, estos nacen jurídicamente y producen sus efectos hasta que sean declarados nulos, sea en vía administrativa o contenciosa, como lo determina nuestro Código Orgánico Administrativo en el artículo 104.

Nuestro ordenamiento jurídico determina como causales de nulidad del acto administrativo las establecidas en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo, siendo estas:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.<sup>54</sup>

A las cuales se suman causales que al no ser convalidables, aun teniendo vicios que se pueden subsanar, serán declarados nulos, siendo éstas:

1. Ha sido oportunamente impugnado en la vía judicial, sin que se haya convalidado previamente en la vía administrativa.
2. La subsanación del vicio sea legal o físicamente imposible.
3. El vicio haya tenido origen en las actuaciones de la persona interesada.
4. La subsanación cause perjuicios a terceros o al interés general.<sup>55</sup>

2. *Actos anulables*: Son aquellos que permiten una convalidación por la presencia de irregularidades que no constituyen un vicio que afecta sustancialmente al acto, de tal manera que el Código Orgánico Administrativo determina que fuera de las causales enunciadas en los artículos antes citados se encuentran vicios que pueden

---

<sup>54</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 105.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, art. 111.

convalidarse, cuando indica que “cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que incurra un acto administrativo es subsanable”.<sup>56</sup>

La validez de un acto anulable se verifica retroactivamente desde el momento en que se dictó el acto y surte sus efectos desde que ha sido convalidado hacia el futuro. Las causas de anulabilidad pueden ser alegadas de oficio o a petición de parte dentro del procedimiento administrativo o por medio de recurso.

Según el profesor Enrique Linde a estas dos categorías debe sumarse una nueva que se denomina actos con irregularidades no invalidables, que son aquellos que aun conteniendo irregularidades, que no son graves, no se los puede declarar ni nulos ni anulables,<sup>57</sup> pues se tratan de meras irregularidades que no influyen en la convicción razonada de la declaración de la voluntad, como por ejemplo errores en cuanto a transcripción, ortográficas o aritméticas, sin embargo, el tratadista aclara que este no debe ser un motivo para que la administración pública considere a las normas procedimentales como simple información no obligatoria.

## 2.2. Hecho administrativo

Es la exteriorización material, en ejercicio de la función administrativa, que implica toda operación técnica o actuación física que produce efectos jurídicos, directos o indirectos, con independencia de que tenga como antecedente un acto administrativo que lo habilite o sea una ejecución aislada en cumplimiento de los cometidos propios del órgano administrativo.<sup>58</sup> Del mismo modo se encuentra definido en el Código Orgánico Administrativo en el artículo 127.

El hecho administrativo tiene como elemento relevante la parte de la ejecución, es decir, representa el hacer de la administración. Su régimen jurídico es independiente y varía del de los actos administrativos, pues no llevan implícitos una presunción de legitimidad ni contienen dentro de sí una obligación que deba cumplir el ciudadano. A diferencia de los actos administrativos que se someten a todo un sistema de nulidad, los hechos administrativos no pueden ser declarados nulos, debido a que al tratarse de un obrar que no tiene retorno, por ser un tema que se aprecia en lo fáctico, se debe recurrir

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*, art. 105.

<sup>57</sup> Linde, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 443.

<sup>58</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), 197.

al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado para la correspondiente reparación al derecho vulnerado del ciudadano.<sup>59</sup>

Respecto a la impugnabilidad de los hechos administrativos, el Código Orgánico Administrativo ecuatoriano señala que la vía para realizarlo, en sede administrativa, es la del reclamo, como lo indica de modo expreso el inciso final del artículo 127 del referido cuerpo legal, que textualmente dice: “[...] las personas afectadas por hechos administrativos pueden impugnar las actuaciones de las administraciones públicas mediante reclamación o requerir las reparaciones a las que tengan derecho”.<sup>60</sup>

Con lo cual se concluye que la norma habilita dos caminos para oponerse a un hecho administrativo en sede administrativa; por un lado, el reclamo administrativo, que se encuentra normado en cuanto a sus requisitos en el artículo 340 del Código Administrativo, el cual señala que debe ejercerse en un plazo de 90 días luego de ocurrido el hecho o la omisión administrativa que ha causado un perjuicio; y por otro lado, el correspondiente requerimiento de reparación con un fin indemnizatorio.

En vía judicial, el Código Orgánico General de Procesos, habilita la acción subjetiva o de plena jurisdicción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para oponerse a un hecho administrativo que niegue, desconozca o no reconozca un derecho, de acuerdo con el artículo 326 numeral 1 del mencionado cuerpo legal; sin embargo, a pesar de ello, y en virtud de la naturaleza revisora de la justicia contenciosa administrativa, puede requerirse un acto administrativo previo para proceder a su análisis.

En ese sentido, podría pensarse en una impugnación indirecta, puesto que “formulado el reclamo, la Administración podrá acceder o denegar expresamente lo peticionado, emitiendo un acto administrativo, o denegarlo tácitamente”,<sup>61</sup> con lo cual se obtiene una decisión impugnabile, transformada en un acto administrativo, que habilita su impugnación. En otras palabras, se requiere someter el hecho administrativo a una necesaria convertibilidad hacia un acto administrativo para ser impugnado.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, 198.

<sup>60</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 127.

<sup>61</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 200.

### 2.3. Contrato administrativo

El contrato administrativo constituye una declaración de voluntad bilateral, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos; es decir, se trata de un negocio jurídico en el cual por lo menos una de las partes es un órgano administrativo que crea obligaciones y derechos recíprocos.<sup>62</sup>

El contrato administrativo reúne como elementos esenciales los siguientes:

*Sujetos:* Las partes involucradas en el contrato son, por un lado, la administración pública a través de cualquier órgano estatal (central, desconcentrado, etc.), es decir, una persona pública estatal en ejercicio de una función administrativa, y por otro lado, un particular que debe ser capaz para contratar, según las normas del derecho privado; además, el contratista puede ser también otro órgano estatal, caso en el cual los contratos son interadministrativos.<sup>63</sup>

*Voluntad:* A la conformación del contrato deben concurrir dos voluntades válidas, libres de error, fuerza o dolo, y donde cada una de ellas tenga capacidad y competencia, respectivamente, que son elementos de validez del contrato. Al ser un negocio bilateral que requiere del consentimiento concurrente de voluntades con expresión de una aceptación expresa, no cabe un consentimiento tácito, razón por la que el silencio administrativo en materia contractual pública no es posible.<sup>64</sup>

*Objeto:* Se relaciona con el contenido del contrato, el cual debe ajustarse a las normas legales y constitucionales vigentes, pero sobre todo debe tratarse de una prestación u obligación posible, cierta, determinada o determinable y lícita. El objeto del contrato tiene que ver con la satisfacción de necesidades públicas, así lo recalca el tratadista Dromi al indicar que el objeto de los contratos administrativos siempre será “una obra o un servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales”.<sup>65</sup>

*Causa:* implica la razón que impulsa al Estado a realizar una contratación; se relaciona con la finalidad que persigue el ente contratante, ajustado al fin propio del servicio.<sup>66</sup> La presencia de fines ilícitos determina la nulidad del contrato celebrado; y, la presencia de fines lícitos pero alejados de la causa que lo motivó constituye una

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*, 308.

<sup>63</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 533.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, 535.

<sup>65</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 312.

<sup>66</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 538.

desviación de poder, por cuanto el fin al que viene atado la celebración del contrato es distinta a la realmente ejecutada. Así lo considera también el profesor Sayagués Laso, cuando indica que “la noción de desviación de poder aplicada a los contratos de la administración, no la hemos visto admitida en la doctrina, que la estudia solamente respecto de los actos administrativos, pero parece rigurosamente lógico extenderla a ambos”.<sup>67</sup> No siendo, por tanto, descartada la idea de la aplicación de la figura de desviación de poder a aquellos contratos que contienen fines lícitos pero no acordes con la causa que lo motivó.

*Forma:* “Son los requisitos que han de observarse o llenarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al encuentro de ambas voluntades”.<sup>68</sup> Se debe distinguir entre forma y formalidades, puesto que estas últimas son recaudos que rodean al contrato a fin de volverlo solemne, como por ejemplo que ciertos contratos deban celebrarse mediante escritura pública; la forma, por su parte, constituye un elemento esencial al contrato, que condiciona su validez por el hecho de tratarse de un requisito que exterioriza el vínculo contractual, pudiendo determinar su eficacia o su perfeccionamiento,<sup>69</sup> como por ejemplo, que se realice por escrito, unanimidad de acto para manifestación de voluntad, que conste alguna autorización, en caso de requerirla por otro órgano, como la Procuraduría General del Estado o la Asamblea Nacional, entre otros.

Dromi destaca como características esenciales del contrato administrativo y que marcan una diferencia con los contratos que son celebrados de modo privado, a los siguientes:

- a) Del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.<sup>70</sup>

Lo que quiere decir que la libertad contractual que se maneja en el derecho privado queda limitado en el ámbito contractual público a un proceso de selección de contratistas de conformidad con los procedimientos que ha determinado la ley, en los cuales destaca la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes a fin de escoger al mejor con base tanto a las propuestas materiales como económicas.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, 539.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 306-7.

Las condiciones contractuales son fijadas por la entidad estatal de acuerdo a las necesidades públicas que se pretenden cubrir, quedando el contratista subordinado a aceptarlas o rechazarlas. Esto genera una desigualdad contractual, pues el contratista solo puede decidir adherirse a las condiciones o no someterse a ellas. A pesar de lo cual, el acuerdo al que llegan tanto la administración como el contratista debe cumplirse en la forma en la que en este se ha determinado, caso contrario, pueden surgir por cualquiera de las partes ciertas controversias respecto a la materia obligacional, lo cual implica que la administración no puede modificar por sí y ante sí el pacto al que se ha llegado. Así lo corrobora el profesor Maurer cuando señala que “la Administración no está facultada para establecer mediante acto administrativo sus derechos derivados del convenio administrativo y así exigirlos de forma coercitiva”.<sup>71</sup>

En el sistema ecuatoriano, dentro de la vía administrativa no se prevé una forma específica para impugnar el incumplimiento de un contrato, salvo la reclamación; además de que se hace referencia expresa a que se procurará que dichas controversias sean solucionadas a través de mediación y arbitraje, conforme se indica en el artículo 126 del Código Orgánico Administrativo.

En vía judicial, para impugnar el incumplimiento contractual el contratista debe acudir con una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a través de una acción especial, determinada en el artículo 326 numeral 4 literal d) del Código Orgánico General de Procesos. Las causas para que se pueda solicitar se resuelva el incumplimiento del contrato por parte de la administración pública se señalan en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

## 2.4. Reglamento

La doctrina define al reglamento como una declaración unilateral de voluntad administrativa que crea normas con un efecto jurídico general.<sup>72</sup> Desglosando el concepto se puede obtener los elementos que la conforman:

*Acto unilateral:* No necesita para su perfección la aprobación o concurrencia de otra voluntad.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Hartmut Maurer, *Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 406.

<sup>72</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 130.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, 131.

*Es producto de un órgano de la administración pública:* debe ser expedido por un órgano que actúe en ejercicio de una función administrativa, siguiendo las formalidades que la normativa ha establecido para su producción.<sup>74</sup>

*Genera normas jurídicas generales:* constituye la nota diferenciadora de los demás actos de la administración, debido que se trata de actos-regla que crean normas que trascienden los efectos jurídicos individuales. Esto es, crea derechos u obligaciones sin consideraciones subjetivas.<sup>75</sup>

Esta potestad reglamentaria con la que cuenta la administración tiene límites, como:

- No alcanza a materias que están reservadas a la ley.
- Puede regular materias en las cuales no existe ley y se trate exclusivamente de organización administrativa interna.
- Sus normas deben estar subordinadas a lo indicado en la ley y en la Constitución.<sup>76</sup>

El Código Orgánico Administrativo dispone a más de dichos límites, las siguientes prohibiciones:

1. Restringir los derechos y garantías constitucionales.
2. Regular materias reservadas a la ley.
3. Solicitar requisitos adicionales para el ejercicio de derechos y garantías distintos a los previstos en la ley.
4. Regular materias asignadas a la competencia de otras administraciones.
5. Delegar la competencia normativa de carácter administrativo.
6. Emitir actos normativos de carácter administrativo sin competencia legal o constitucional.<sup>77</sup>

En conclusión, a pesar de que la ley y el reglamento se traduzcan en normas con un carácter general, se diferencian por cuestiones formales y jurídicas; la ley deviene de la voluntad del pueblo, mientras que el reglamento de la potestad reglamentaria otorgada a la administración pública para ejecutar fines estatales.

El objeto del reglamento es la materia administrativa, por lo que por medio de este instrumento se puede normar aspectos organizativos internos; sin embargo, cuando son reglamentos que rebasan del ámbito interno de la administración y afectan derechos

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 133-4.

<sup>77</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 131.

o imponen obligaciones a los ciudadanos pasan a ser complemento de la ley; es decir, la ley será siempre la que habilita a su producción.

El reglamento que complementa normas legales es competencia exclusiva del Presidente de la República, según el artículo 129 del Código Orgánico Administrativo y la potestad reglamentaria de carácter normativo administrativo a las máximas autoridades administrativas, de conformidad con el artículo 130 del mismo cuerpo legal.

La eficacia del reglamento está condicionada a su publicación íntegra en el Registro Oficial, salvo aquellos que refieran a la mera organización administrativa interna.<sup>78</sup> Sus efectos rigen a partir de dicha formalidad hacia el futuro y no de forma retroactiva; su vigencia se extiende hasta tanto no sea derogado por una ley o por otro reglamento posterior; sin embargo, nada obsta de que pueda ser modificado por decisión de la propia administración. El reglamento no tiene una forma específica de expresarse, puede dictarse en modo de decretos, resoluciones, ordenanzas, circulares, entre otros.<sup>79</sup>

Se clasifica atendiendo a ciertas características como: aspecto orgánico (nacionales, municipales, descentralizados), formal (ordinarios, públicos), de contenido (de ejecución, de organización, de policía), según su vinculación con la ley (subordinados, autónomos, delegados, de necesidad).<sup>80</sup>

La impugnabilidad de los reglamentos viene determinada porque el órgano con competencia para emitirlo se ha excedido en el ejercicio de su poder y lo ha dictado fuera de la materia que la ley le ha previsto, llegando el reglamento a adolecer de ilegalidad (contrario a la ley) o de inconveniencia (no ajustado a la actuación de una buena administración).

Al igual que sucede en el derecho argentino,<sup>81</sup> de la revisión del Código Orgánico Administrativo se puede concluir que en nuestra legislación tampoco existe un recurso en sede administrativa para impugnar de modo directo los reglamentos, más aun cuando a partir de la vigencia de la mencionada norma legal se ha eliminado de nuestro derecho administrativo recursos como el de reposición. En ciertas provincias de Argentina se permite la impugnación directa por medio de la reclamación administrativa, situación que no está prevista en el reclamo administrativo regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>78</sup> Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, 146.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*, 135-8

<sup>81</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 278.

En vía jurisdiccional es posible la impugnación de los reglamentos por un exceso de poder a través de una acción de anulación, siempre que el reglamento o acto normativo afecte derechos subjetivos. El legitimado activo siempre será quien tenga un interés directo en la nulidad del reglamento o acto normativo que violenta el orden jurídico, de conformidad con el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos.<sup>82</sup>

### **3. Inactividad de la administración**

La actuación de la administración en sus diversas formas constituye la vía adecuada que permite al Estado el cumplimiento de sus fines; sin ellas no se ejercita la función administrativa del aparato estatal, la cual por esencia es ejecutora de obligaciones de alcance social. Su actuación se traduce en la realización de derechos colectivos o difusos por medio de la ejecución de actos administrativos, contratos administrativos, hechos administrativos, reglamentos, entre otros, por los cuales pretende lograr la satisfacción de necesidades públicas.

Cuando la administración pública deja de actuar niega directamente normas constitucionales y legales que la determinan como un servicio a la colectividad; y, por tanto, se incumplen los principios que se le han establecido para que desempeñe con calidad, eficiencia y eficacia sus fines. Conducta que, por contener una omisión antijurídica, contraviene mandatos constitucionales, especialmente el artículo 226 de la Constitución vigente, que luego de indicar el principio de legalidad al que han de regirse las instituciones públicas en el ejercicio de la potestad administrativa, destaca que las mismas “tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.<sup>83</sup> Lo que da cuenta de que la naturaleza de la administración pública es ser dinámica y con un alto sentido de vocación de servicio a la colectividad.

La actividad de la administración se traduce en la eficacia de sus cometidos y por tanto en una buena administración que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas a fin de hacer efectivo el goce de los derechos ciudadanos constitucionalmente

---

<sup>82</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, art. 326.

<sup>83</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 226.

reconocidos, los cuales son directamente proporcionales a la organización estatal. Esto es, a mayor intervencionismo del Estado por medio de sus instituciones públicas o su crecimiento, mayores serán los derechos y las necesidades sociales que el derecho debe regular. De este modo, la inactividad se configura como “una de las variantes más extensas y graves del mala administración, entendida ésta como la infracción por la Administración del deber de diligencia funcional”.<sup>84</sup>

Con esto dicho, se infiere que cuando la administración pública permanece inactiva es una denegación tácita de ponerse al servicio de la colectividad y más aún a la ejecución de una función estatal. Como lo señala el profesor Marcos Gómez Puente, la omisión de una actividad obligada por norma constitucional o legal, fácticamente posible comprende “un comportamiento antijurídico, contrario al principio de legalidad en sentido amplio (de juridicidad, si se quiere), que contradice la posición servicial y la vocación dinámica y transformadora de la realidad social que la Constitución atribuye a la Administración como instrumento esencial del Estado social de Derecho”.<sup>85</sup>

En ese sentido, el Estado debe someterse tanto a la norma constitucional así como a normas internacionales de derechos humanos, “todo aquello con el objeto de afianzar un modelo garantista en donde los derechos de las personas se conviertan [...] en límites y vínculos de todas las actuaciones de los poderes públicos”.<sup>86</sup> Dicho de otro modo, la actuación de la administración es el mecanismo idóneo para efectivizar derechos y su pasividad se traduce en indefensión al ciudadano, pues “las potestades conferidas a la Administración tienen naturaleza funcional, esto es, se otorgan y ejercitan en interés ajeno”,<sup>87</sup> por tanto, sin su ejecución se vulnerarían derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, resulta preocupante que no se hallen expuestos en nuestra legislación los parámetros que configuran la inactividad estatal, y mucho menos que se encuentre definida o por lo menos referenciada. Esto hace suponer que el ciudadano podría no tener un mecanismo de defensa por no existir los medios necesarios para una impugnación a ese no hacer, como se lo estudiará en el siguiente capítulo de este

---

<sup>84</sup> Marcos Gómez Puente, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, *Documentación Administrativa* No 237-238 (1994): 140-204. Doi: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i237-238.5352>, 140.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Christian Masapanta Gallegos, *Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 3.

<sup>87</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 141.

trabajo. Ante este vacío se procederá a definir la inactividad, determinar su clasificación y fijar las condiciones para catalogarla como tal.

### 3.1. Conceptualización

En un concepto amplio, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define inactividad como la “carencia de actividad”.<sup>88</sup> Doctrinariamente, el profesor Marcos Gómez Puente la conceptualiza como la “omisión por la Administración de una actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”,<sup>89</sup> que “representa un comportamiento antijurídico y constituye fuente de responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio”.<sup>90</sup> En el mismo sentido, el autor Álvaro Mora la define como “la pasividad o no reacción por parte de la Administración Pública ante acontecimientos que objetivamente exigen una actividad de tipo positivo”.<sup>91</sup>

El profesor Juan Cruz Alli, señala que “la inactividad también ha sido considerada desde la perspectiva de la desviación de poder por entenderla como el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico”.<sup>92</sup>

Con estas definiciones planteadas se puede concluir que la inactividad es una omisión del deber jurídico de obrar de la administración pública; una pasividad, negligente o dolosa, frente a una obligación establecida en la Constitución o la ley. Se constituye como una denegación tácita del ejercicio de la función administrativa, puesto que todas las potestades entregadas a la administración pública son de carácter funcional; esto es, se constituyen no solo en situaciones activas donde la administración se impone con sus prerrogativas o coacción, sino también pasivas, porque los órganos estatales se encuentran llamados a cumplir deberes con una finalidad tendiente a satisfacer el interés público, es decir, de servicio a la colectividad.

---

<sup>88</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001), 852.

<sup>89</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 141.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 149.

<sup>91</sup> Álvaro Enrique Mora Espinoza, “El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid. Servicio de Publicaciones, 2003), <https://eprints.ucm.es/2214/>.

<sup>92</sup> Juan Alli Araguren, 2006. “La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo”, Ponencia presentada en la conferencia en el Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 20 de junio, <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/CD8161CB-1929-49A8-A578-3BD8AF2ECACF/74090/PonenciadeJuanCruzAlli.doc>.

Desde esta perspectiva, la omisión antijurídica de actuación, cuando exista un deber legal o constitucional específico de obrar de la administración pública y su realización sea posible en la práctica, se constituye como una abierta violación al principio de juridicidad y por tanto un obstáculo arbitrario e ilegal a la realización de los derechos de los ciudadanos. Se la ha catalogado incluso como una ramificación de la desviación de poder, pues las potestades públicas a ella conferidas no cumplen con los fines para los que fueron establecidas, sino que se agotan en la declaración normativa sin ningún tipo de ejecución.

### 3.2. Elementos

En razón de que, como se ha visto en el apartado anterior, la inactividad implica un no hacer frente a una obligación que normativamente le ha sido impuesta a la administración pública, lleva a pensar que su pasividad se convierte en una vulneración al ordenamiento jurídico y por tanto deriva en una omisión ilegal o inconstitucional. El profesor José Luis Requero menciona que “no toda inactividad es ilegal, ni toda inactividad es controlable jurisdiccionalmente”,<sup>93</sup> es decir, se debe visualizar con atención cada caso y, sobre todo, encuadrar a la omisión administrativa bajo ciertas condiciones o elementos básicos, que a decir del tratadista Marcos Gómez Puente<sup>94</sup> serían:

a) *Existencia de un deber legal de actuar*: se refiere a que dentro de las relaciones jurídicas que la administración pública entabla con los ciudadanos existen obligaciones a las que esta debe sujetarse con la intención de provocar beneficios públicos. El ejercicio del poder no implica una vía unilateral de actuación ilimitada, sino que la Constitución o ley, al propio tiempo que le confiere una potestad, le asigna una carga que debe asumir con eficacia para satisfacer el interés social. En ese sentido, el profesor Gómez Puente menciona que todas esas potestades son de naturaleza funcional, lo que quiere decir que se ejercitan en función de un interés comunitario y las denomina situaciones jurídicas mixtas de poder y deber, de medios y fines, donde “la falta de concreción de los deberes, la adherencia de la Administración a los fines que justifican

---

<sup>93</sup> José Luis Requero Ibañez, “Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa”, *QDL Estudios*, accedido 23 de febrero de 2019, <http://usuariis.tinet.org/aduspyma/documentos/INACTIVIDAD%20ADMINISTRATIVA/DOCUMENTO%2017.pdf>, 14.

<sup>94</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 141-5.

su potestad, la función, puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio o de la falta de ejercicio de potestades administrativas”.<sup>95</sup>

En conclusión, necesariamente debe existir un deber jurídico de obrar determinado normativamente, siendo un atentado a la legalidad y constitucionalidad el no ejecutar una potestad con el fin para el cual fue conferida.

b) *Omisión de la actividad debida*: refiere a la falta de actuación por parte de la administración pública cuando existe la obligación de su realización. Puede ser una omisión absoluta o *culpa in omittendo*, cuando la pasividad es total y no se ha realizado ninguna acción, o una omisión relativa o *culpa in committendo* cuando se ha ejecutado la acción pero no con los estándares previstos para su realización eficaz, por lo que no se satisface la necesidad pública ni en calidad ni en cantidad respecto al contenido de la obligación que le ha sido impuesta.<sup>96</sup>

Con esto se quiere hacer notar que incluso un funcionamiento anormal de la potestad conferida podría convertirse en inactividad, puesto que se trata de una ausencia del actuar que el ciudadano espera de la administración pública, esto es, una expectativa legalmente deseable.

c) *Que la actividad debida sea materialmente posible*: esto quiere decir que de existir una obligación conferida por el derecho a la administración pública que no es de posible cumplimiento, material o técnico, su pasividad implicaría un supuesto de inactividad no ilegal y por tanto no sancionable.<sup>97</sup> Para que se trate de una inactividad susceptible ser imputable a la administración pública es necesario que la prestación a que está obligada sea ejecutable en la realidad; es decir, que la norma donde se impone una obligación a la administración pública guarde consonancia con la realidad y sea factible llevarse a la práctica.

A estos elementos o condiciones, de la lectura del texto “Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa” del profesor José Luis Requero, se puede extraer como requisitos para la presencia de una inactividad de la administración pública, las siguientes:

1) *La inactividad debe ser ilegal*: con lo cual se quiere decir que la no actuación de la administración pública necesariamente debe hallarse en contra de lo que normativamente se exige de ella para que se satisfaga una necesidad pública, es decir, el

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*, 141.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, 142.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, 143.

ordenamiento jurídico prevé un deber para cumplir un fin, pero no es acatado por el Estado.<sup>98</sup>

2) *Presencia de una prestación concreta en favor de una persona o grupo de personas*: Que refiere a un “deber general de actuar cierta potestad a favor de persona o personas determinadas o bien dar cumplimiento a una concreta obligación contraída por la Administración y reconocida en un acto, contrato o convenio”.<sup>99</sup>

3) *Juicio sobre el valor de rendimiento objetivamente exigible conforme con criterios de eficacia*:<sup>100</sup> según el profesor Requero, la presencia de la inactividad no resulta suficiente como para imputar a la administración pública por su pasividad, sino que se ha de analizar en cada caso si el servicio que se ha prestado ha sido cualitativa y cuantitativamente dotado, de tal manera que satisfaga el fin con el que fue otorgada una potestad a la administración.

### 3.3. Clasificación de la inactividad

La inactividad debe ser entendida desde todas sus aristas, lo cual evidentemente va más allá de la que genera silencio administrativo. Esta figura ha sido mayormente estudiada y regulada; sin embargo, nuestra legislación está en deuda respecto a cubrir el control del resto de inactividad del Estado, y quizás este desconocimiento se refleja en la indiferencia legislativa a regularlo. En nuestro caso a ella se suma también dos causas que indica el profesor Alejandro Nieto, que son: el crecimiento del Estado por medio de sus distintas instituciones y la complejidad de su organización.<sup>101</sup>

La inactividad de la administración pública se clasifica en formal y material, a las cuales el profesor Alejandro Nieto añade la denominada inactividad de efectos trilaterales. La relevancia de conocer su clasificación radica en que según la inactividad frente a la que nos encontremos, diferente será la solución jurídica y el análisis que deben realizar los jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. A pesar de lo cual, la doctrina ha clasificado a la inactividad de la forma en que se describe a continuación.

---

<sup>98</sup> Requero, “Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa”, 14.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, 18.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, 9.

<sup>101</sup> Alejandro Nieto, “La inactividad material de la Administración”, *Documentación Administrativa* no. 208 (1986): 11-64, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=220591>, 13.

### 3.3.1. Inactividad formal

Se la conoce también como inactividad silencial o procedimental y está definida como “la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares”.<sup>102</sup> El tratamiento frente a esta inacción es la figura del silencio administrativo, que implica una presunción legal que contiene una respuesta tácita de la administración pública a la petición del ciudadano, pudiendo otorgarse el valor de positivo, negativo o con un efecto suspensivo. Nuestra tendencia, derivada del sistema francés, ha hecho que en cualquier recurso que se plantee exista un acto administrativo previo, razón por la que se estableció en un inicio el silencio administrativo negativo, como una garantía al ciudadano, a fin de que pueda proceder a defender su derecho e impugnar esa actuación tácita ante la justicia contencioso administrativa.<sup>103</sup>

Respecto a ello, el profesor Luis Huamán Ordóñez, señala que es un error considerar al silencio administrativo como una garantía sino que, por el contrario, se trata de “dar carta de juridicidad a la inactividad administrativa, justamente una forma patológica de la actuación de la Administración”,<sup>104</sup> debido a que lo natural, legal y jurídico es que frente al derecho de petición del ciudadano, este reciba una respuesta motivada por parte de la administración pública, en la que resuelva su pretensión de modo expreso.

En otras palabras, por medio del silencio administrativo el ente obligado a resolver traslada la responsabilidad de ello a la sede jurisdiccional, no siendo entonces una garantía para el ciudadano sino únicamente una forma de liberar de la obligación de resolver a la administración pública<sup>105</sup>, además de una forma de escapar al mandato constitucional de resolver en tiempo y de forma motivada las peticiones del ciudadano.

A pesar de lo cual, la obtención de un acto administrativo previo se constituye como un requisito de procedencia, al cual el profesor Alejandro Nieto le da cierta importancia porque permite fijar una posición de la administración dentro del proceso, caso contrario, sin respuesta alguna no se tiene un acto formal por el cual se permita

---

<sup>102</sup> Nieto, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso- administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 37 (1962): 75-126, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112582>, 80.

<sup>103</sup> Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*, 93.

<sup>104</sup> Luis Alberto Huamán Ordóñez, *Los silencios Administrativos: régimen jurídico general* (Perú: Iustitia, 2010), 91.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 48.

realizar un control.<sup>106</sup> Sin un acto administrativo, positivo o negativo, no existirían dos posiciones claramente opuestas que hagan nacer la necesidad de la intervención judicial, radicando ahí el papel único que debería tener esta *regla de decisión previa*.

Entonces, la figura del silencio administrativo “responde únicamente a la necesidad de contar con una declaración administrativa que posibilite el acceso a la vía contenciosa, cuando la Administración no resuelve a través de un acto administrativo expreso”;<sup>107</sup> sin embargo, hay que tener en cuenta que con su silencio la administración no solo que falta a su deber legal y constitucional de responder a solicitudes de los ciudadanos, sino que además su inacción contiene “otras infracciones no menos trascendentales, como la del deber de motivar los actos, que lógicamente brilla por su ausencia cuando se da la callada por respuesta, así como el de notificarlos en su debida forma, con expresión de los recursos procedentes, plazo de interposición y órgano al que deben ir dirigidos”.<sup>108</sup>

En otras palabras, el acto presunto que nace del silencio administrativo puede servir como medio para concurrir a la justicia contencioso administrativa, pero no podrá suplir la obligación de respuesta que pesa sobre los órganos públicos, en tanto trasgrede otros derechos ciudadanos, como los antes mencionados, puesto que “La falta de resolución expresa, se hayan o no completado los trámites previos, constituye un incumplimiento, por omisión, del deber de resolver, situación que apela [a una] modalidad de funcionamiento anormal”,<sup>109</sup> con lo que se quiere decir que la existencia de un acto administrativo tácito es la muestra de una omisión de la obligación de atender cualquier solicitud del ciudadano. Se trata de una actitud negligente que no cumple con los estándares de una buena administración.

Este tipo de inactividad se deriva del derecho de petición, establecido tanto en la Constitución de la República en el artículo 66 numeral 23 como en el Código Orgánico Administrativo en el artículo 32. En ellos se consagra el derecho de los ciudadanos a dirigir todo tipo de peticiones a la administración, y a la vez la obligatoriedad de esta de responder de manera motivada y en tiempo.

La regulación del silencio administrativo en la legislación ecuatoriana se encontraba previsto en la Ley de Modernización en el artículo 28, el cual otorgaba un

---

<sup>106</sup> Nieto, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, 82.

<sup>107</sup> Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo* (Navarra: editorial Aranzadi, 2006), 93.

<sup>108</sup> Ordóñez, *Los silencios Administrativos*, 94.

<sup>109</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 158.

término de 15 días para que el órgano público emita respuesta, caso contrario su silencio se entendería como positivo a la petición del ciudadano, es decir, un efecto estimatorio de su requerimiento; para hacerlo valer en sede jurisdiccional era necesario la presencia de una certificación del ente inactivo indicando que el término para ello ha vencido, lo cual dificultaba el acceso a la justicia.

Actualmente, el silencio administrativo está normado en el artículo 207 del Código Orgánico administrativo, el cual concede a la administración un término para resolver de 30 días, “vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva”.<sup>110</sup> En otras palabras, se amplió el término de respuesta parte del ente público, se mantuvo el silencio de carácter positivo y se cambió la certificación del ente público por una declaración jurada del ciudadano de no haber recibido respuesta a su pedido, además, se le otorga al acto presunto el valor de título de ejecución en sede judicial.

Jurisdiccionalmente la acción se presenta ante el Tribunal Contencioso Administrativo mediante trámite ordinario, en una sola audiencia donde la carga de la prueba corresponde al administrado, conforme el artículo 370A del Código Orgánico General de Procesos; a pesar de lo cual, como se lo dijo anteriormente, el Código Orgánico Administrativo por su parte, le da la calidad de un título de ejecución, sin embargo, para ser ejecutable, el acto presunto no debe contener vicios y la petición aceptada tácitamente debe contener una obligación legal, que no se oponga a normar del ordenamiento jurídico, caso contrario el juez lo declara inejecutable y ordena su archivo, de acuerdo con el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo.

Respecto a la naturaleza del acto administrativo presunto que nace del silencio de la administración pública, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en resolución 252-2012, manifestó lo siguiente:

[...] el silencio administrativo no es un acto administrativo, pues precisamente no cumple con ninguno de los requisitos que él requiere, careciendo en primer término del elemento esencial que es la voluntad de producir derechos u obligaciones, el silencio administrativo corresponde a una omisión, a una inacción, por tanto, no puede reflejarse en aquello esa intención. [...] Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, 207.

<sup>111</sup> Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Resolución No.252-2012*, Registro Oficial Edición Jurídica 36, 5 de mayo de 2016, considerando cuarto.

En otras palabras, el acto administrativo presunto no tiene naturaleza de acto administrativo, por no contener requisitos volitivos de su existencia, esto es, la voluntad de la administración pública de crear, modificar o extinguir derechos del ciudadano, sino que se trata de un hecho jurídico al cual la ley le da un efecto de acto definitivo, a fin de permitir al administrado el acceso judicial de su petición y no dejar volatilizado el derecho a la tutela judicial efectiva.

### 3.3.2. Inactividad material

La inactividad material según el profesor Alejandro Nieto hace referencia a “una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias”.<sup>112</sup>

Para el tratadista Marcos Gómez Puente se trata de una “omisión legal de actuaciones materiales, físicas o intelectuales, de alcance externo, sin naturaleza jurídica que constituyen la prestación de un servicio o realizan la voluntad administrativa u otros objetivos e intereses públicos”.<sup>113</sup>

En conclusión, se trata de una inacción de la administración cuando los fines de las funciones que debe ejecutar no se han realizado, conforme lo establecido en normas constitucionales o legales.

Según se presente la inactividad material, se la puede estudiar desde distintas ópticas, así el profesor Alejandro Nieto menciona que la inactividad material puede ser:

1. *Inactividad material negativa*: Es aquella cuyas obligaciones nacen directamente de las normas o de una autoimposición de la administración, por mediar un derecho del ciudadano.<sup>114</sup> Como por ejemplo, el que se impone por medio del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización competencia a los diferentes niveles de gobierno el mantenimiento de vías según su circunscripción territorial, siendo un deber velar por su estructura y señalización, de tal manera que cualquier daño ocasionado por tal descuido sería imputable a la inactividad de la administración pública y susceptible de atribuir al Estado responsabilidad por un hecho dañoso. La obligatoriedad de actuación no se deriva de un procedimiento administrativo sino de la propia normativa; esta adquiere variantes como:

---

<sup>112</sup> Nieto, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, 80.

<sup>113</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 180.

<sup>114</sup> Alejandro Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 22.

a) *inactividad material jurídica*: se produce por cuanto la inactividad material se centra en que la administración ha omitido dictar un acto jurídico, el cual puede tener como alcances: individual (cuando la administración debe dictar un acto administrativo en favor de un derecho del ciudadano, donde la legitimación se ve facilitada en razón de que existe un derecho subjetivo que se satisface únicamente con su reconocimiento), de disposición general (cuando la omisión versa sobre un acto de carácter general, donde la legitimación va adquiriendo problemas en razón de que se cuestiona que los tribunales puedan suplir la inactividad administrativa), acto de disposición interna (omisión de la administración respecto a la disposición de organización interna o al establecimiento de mecanismos que ayuden a la mejora en la prestación de un servicio).<sup>115</sup>

b) *Inactividad material fáctica*: Es aquella que se produce sin la necesidad de que exista un acto administrativo previo,<sup>116</sup> es decir, la reclamación que se hace de esta inacción administrativa se condiciona solo al hecho de no haberse realizado una actuación exigida en el marco competencial ordinario de la administración, sin importar si media o no un acto administrativo. Se configura con la sola no efectivización de algo que se espera de la administración, legalmente establecido; el profesor Marcos Gómez Puente señala como ejemplos de este tipo de inacción a la pasividad en cuanto al arreglo de una carretera, la omisión policial de acudir a un llamado ciudadano o la no prestación de un servicio.<sup>117</sup>

Es en este punto donde la inactividad material llega a un vacío normativo en razón de que su impugnabilidad directa se complica, no siendo factible su reducción a una inactividad formal, puesto que lo que se busca de la administración va más allá de que se pronuncie formalmente por medio de un acto administrativo, sino que se requiere un acto material, un hacer de la administración de manera inmediata y no solo un reconocimiento indemnizatorio, que quizás luego de varios años de juicio se logre pagar, con el agravante de la ineficacia en la ejecución de las sentencias.

A este problema se suma el de la legitimación para poder exigirla, en razón de que lo que se solicita muchas veces no tiene un alcance individual donde esté en juego un derecho subjetivo o un interés legítimo, sino que se encuentran sobre el tapete intereses colectivos, generales o muchas veces difusos.

---

<sup>115</sup> *Ibíd.*

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> *Ibíd.*

En el derecho español, donde se ha salvado esta tutela judicial efectiva y se ha permitido un acceso judicial por este tipo de inactividad, el problema para el profesor Alejandro Nieto adquiere un realce significativo en la sentencia, la cual se ve frenada en razón de que los tribunales no pueden obrar en lugar de la administración para cumplirla; quedando únicamente la vía reparatoria. Este autor señala que luego de dictada la sentencia puede surgir como posibilidades, por un lado, que la administración sancionada cumpla con lo indicado en la sentencia y por tanto se satisfaga el derecho ciudadano; y, por otro lado, que la administración desobedezca lo indicado en la sentencia, generándose una eventual responsabilidad por daños,<sup>118</sup> pero con efecto únicamente para quien lo solicita mas no para la totalidad de las personas que buscan satisfacer un derecho de carácter colectivo.

2. *Inactividad material positiva*: Se trata de la pasividad de la administración en tanto no hacer cesar una actividad dañosa o ilegal.<sup>119</sup> En el fondo existe una actuación de la administración, pero esta es perjudicial y ante ello la omisión administrativa se presenta en no cesarla. En otras palabras, el no hacer se dirige a un campo fáctico y no jurídico, como por ejemplo un camal municipal que provoque malos olores a un barrio. Ante esta situación que no se subsana con un mero acto formal el profesor Alejandro Nieto manifiesta que “la frecuencia de estos supuestos, que constituye una nota generalizada de la vida urbana actual, coloca a los ciudadanos en una situación de indefensión, que urge remediar mediante una ampliación de los mecanismos de acceso y actuación de los Tribunales”.<sup>120</sup>

### 3.3.3. Inactividad de efectos trilaterales

Esta inactividad refiere a aquella que a más de producir una relación jurídica bilateral entre la administración y el ciudadano, el producto de la omisión tiene efectos que repercuten sobre terceros interesados. El profesor Alejandro Nieto ejemplifica este tipo de inacción indicando que si la administración no controla la construcción de un piso de un edificio (la relación inicial por omisión se produce entre la administración y el dueño del departamento que se está construyendo) y este se hunde, afectando al

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, 23.

<sup>119</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>120</sup> *Ibid.*, 24.

departamento de abajo, el daño por esa omisión se genera en un tercero ajeno a la relación bilateral inicial.<sup>121</sup>

Si bien la afectación puede ser resuelta por un juez civil, la intervención de un ente público por su inacción hace competente a la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la omisión estatal.

### 3.4. Tipología de la inactividad material

La inactividad material puede adoptar diferentes formas y presentarse en la realidad en una variedad de situaciones que según el profesor Alejandro Nieto son:

a) *Cuando la administración no cumple con su obligación de dictar un acto administrativo*, siendo esta ordenada por la ley o la Constitución y no derivada del silencio administrativo. Procesalmente esta variante de la inactividad material trae como problema principal la “impunidad” de su juzgamiento, pues la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no alcanza a cubrir esta área por efecto del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, que ante la inexistencia de un acto administrativo previo no podría pronunciarse. El segundo obstáculo sería la vía de ejecución, en caso de permitirse un control sin acto administrativo previo, en razón de que por la separación de poderes del Estado nace la duda respecto a si los jueces de lo contencioso administrativo debe ejecutar directamente el acto no dictado o solo fijar lineamientos para que la propia administración sea quien lo emita.<sup>122</sup> Como se estudiará en el siguiente capítulo esto depende de cómo la legislación de cada país se ha abierto hacia una protección amplia de derechos por parte del juez de lo contencioso administrativo a través de un control plenario y universal de las actuaciones y omisiones de la administración pública.

El profesor Marcos Gómez Puente señala el lado opuesto a lo antes señalado, que se produce cuando el acto administrativo debe cumplirse no por parte de la administración sino que es el particular el que debe llevarlo a la práctica. Partiendo de la idea de que es la administración pública la que cuenta con prerrogativas y potestades coercitivas para vigilar su cumplimiento y establecer medios de ejecución coactiva, si el acto administrativo no llega a su término, la administración pública cae también en una

---

<sup>121</sup> *Ibíd.*

<sup>122</sup> *Ibíd.*, 14.

inactividad material de resultado, por no establecer medios técnicos o materiales para culminar con lo resuelto en ese acto administrativo.<sup>123</sup>

b) *Cuando la administración omite dictar normas o disposiciones de carácter general*, esto es reglamentos que permiten hacer funcional una ley e incluso una inactividad legislativa cuando la Constitución obliga el desarrollo de una ley para la vigencia de derechos ciudadanos.<sup>124</sup>

Según el profesor Marcos Gómez Puente la obligación de la administración de dictar normas generales se puede ver en tres dimensiones bien definidas: 1. La relación de ejecutividad que se tiene entre el reglamento y la ley, en donde esta se convierte en un medio para desarrollarla o aplicarla, 2. Para efecto de articulación territorial que permita una asignación de competencias entre los distintos niveles de Gobierno y 3. En el plano supranacional de coordinación de objetivos o normativa que permita la aplicación de acuerdos internacionales en un nivel nacional.<sup>125</sup>

Este tipo de casos de inactividad abundan en nuestro país, siendo el principal problema la incompetencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para, por un lado, controlar la elaboración de las leyes y, por otro, cubrir omisiones de hacer de la administración pública en cuanto al uso de la facultad reglamentaria, conferida de modo principal a la función ejecutiva. Situación que, aunque superada en la legislación española, fue reconocida en sentencia 194/1995, de 14 de diciembre de 1998, del Tribunal Supremo español, cuando mencionó que “[La] inactividad reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional”.<sup>126</sup>

Por citar un ejemplo, en nuestra realidad tenemos la omisión de la conformación de regiones, determinada por la Constitución de la República, que señaló que dentro de un plazo no mayor a 8 años después de habérsela dictado, esto es, debían haberse conformado estos gobiernos autónomos descentralizados hasta el 2016 y no se lo ha logrado, siendo una omisión compartida entre la función legislativa y la ejecutiva. El

---

<sup>123</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 183-4.

<sup>124</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 15.

<sup>125</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 153.

<sup>126</sup> Tribunal Supremo español, sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia de 20 de marzo de 2019”, STS 894/2019, [www.poderjudicial.es/search\\_old/documento/TS/8712179/.../20190329](http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/8712179/.../20190329), 6.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en la disposición transitoria tercera señala:

El plazo máximo de ocho años que establece la Constitución para concluir el proceso de conformación de regiones autónomas se cumplirá de la siguiente manera:

a) Las solicitudes de consulta popular para la aprobación del estatuto de las regiones que estén en proceso de conformación, luego de haber cumplido los requisitos establecidos en la Constitución y este Código, podrán ser presentadas, previa decisión de los consejos provinciales, por los prefectos o prefectas en el plazo máximo de ocho años contados a partir de la aprobación del presente Código.

b) *Una vez cumplido el plazo previsto en el literal anterior, la situación de las provincias que no hubieren concluido el proceso o no integraren ninguna región, se resolverá mediante ley presentada a la Asamblea Nacional, por iniciativa del Presidente de la República.*<sup>127</sup> (Énfasis añadido)

La ley y la Constitución establecían un plazo perentorio de 8 años para conformar regiones, caso contrario por mandato legal era obligación del Presidente de la República presentar una ley a la Asamblea Nacional y concluir dicho proceso. Con esto, se puede verificar que una parte, tanto de la Constitución como del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, han quedado como letra sin contenido, pues no son aplicables o funcionales en la realidad. Tal como lo señala el profesor Nieto estos instrumentos jurídicos quedan prácticamente inutilizados por no tener efecto alguno “frustrándose así los derechos y expectativas de los ciudadanos abiertos por la Ley originaria”.<sup>128</sup>

Respecto del plazo que se ha fijado, según el profesor Gómez Puente, su infracción no invalida la norma pero esto “no significa que esté desprovisto de una fuerza obligatoria [sino que su] establecimiento [...] vincula la actuación administrativa con la fuerza de un deber legal cuya inobservancia, por omisión, no solo pone a la Administración en situación ilegal sino que también puede determinar [su responsabilidad]”.<sup>129</sup> En conclusión, si bien el plazo se ha tomado como referencial, ello no implica que se lo pueda vulnerar, pues al hacerlo se están perjudicando derechos que quedan suspendidos por la inactividad de la administración y peor aún la norma queda sin efectividad hasta su realización en la práctica, lo cual implica tener normas sin eficacia y por tanto no acordes con la realidad del país.

Respecto a este tipo de inactividad, relacionada con la expedición de reglamentos dentro de un determinado tiempo y por un mandato legal, se pronunció el

---

<sup>127</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial Suplemento 303, 19 de octubre de 2010, disposición transitoria tercera.

<sup>128</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 15.

<sup>129</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 154.

Tribunal Supremo español, mediante su sala de lo contencioso administrativo, en el sentido de que:

El ejercicio de la potestad reglamentaria por el Consejo de Ministros para la ejecución de las leyes no es completamente discrecional o facultativo, sino que constituye un deber a cargo del Ejecutivo siempre que la efectividad y aplicabilidad de la ley dependa del complemento reglamentario y, con mayor razón, cuando es la propia ley la que expresamente encarga dicho desarrollo normativo.<sup>130</sup>

c) Una variante más de la inactividad material se produce *cuando la administración no crea órganos que son necesarios para el desarrollo de una función o competencia otorgada a un ente estatal*,<sup>131</sup> es decir, cuando teniendo la capacidad reglamentaria de normarse internamente dentro de la institución no la ejecuta. La principal dificultad en este caso viene dado, en primer término, por la falta de legitimidad procesal que se tendría en un eventual proceso contencioso administrativo, pues nuestra legislación no acepta una legitimación como acción popular ni una impugnación que no se base en un derecho subjetivo (para lo cual fija un recurso subjetivo o de plena jurisdicción) o al menos un interés legítimo (recursos de anulación o exceso de poder).

d) *Omisiones respecto a la ejecución de un servicio público*, es decir, no hay una realización material de prestación de un servicio.<sup>132</sup> “La naturaleza y contenido de esta actividad prestacional es, pues, muy extensa y variopinta, como lo son también los deberes de hacer cuya omisión trata la inactividad”.<sup>133</sup>

Este tipo de omisiones siempre se refieren a la falta de aquella obligación de hacer o su ejecución defectuosa por parte de la administración, que permite la transformación del derecho planteado en la ley por medio de situaciones físicas hacia un servicio al público.

La prestación defectuosa del servicio público se engloba también en un tipo de inactividad, la cual viene derivada del estándar mínimo exigible para cada actividad, sea porque se encuentra expresamente establecida en leyes o reglamentos del respectivo servicio o de modo discrecional por la propia administración. Según el profesor Marcos Gómez Puente el estándar mínimo exigible viene determinado por las *regulae artis*, que permiten evaluar la suficiencia del obrar material de la administración respecto al

---

<sup>130</sup> Tribunal Supremo español, sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia de 20 de marzo de 2019”, STS 894/2019, [www.poderjudicial.es/search\\_old/documento/TS/8712179/.../20190329](http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/8712179/.../20190329), 4.

<sup>131</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 15.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Gómez, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, 185.

servicio,<sup>134</sup> es decir, para verificar si existe o no una inactividad sancionable es tarea judicial el interpretar, con sana crítica y según cada servicio, si lo actuado por la administración ha sido suficiente y concluir que éste ha sido efectivamente, en calidad y cantidad, bien prestado por el Estado.

La deficiente prestación del servicio implica una variante de inactividad material porque la administración no ha cumplido los parámetros de realización del servicio o por omisión de su deber de vigilancia. En otras palabras, hay inactividad tanto por una deficiente prestación como por la falta del establecimiento de medidas respecto a actividades de peligro que pudieran generar daños.

e) *No ejercicio por parte de la Administración de ciertas acciones que permitan la protección de derechos e intereses públicos;*<sup>135</sup> a mi juicio, esta modalidad de inactividad abarca omisiones controlables en un sentido amplio e incluso la desviación de poder por cuanto, como se estudió anteriormente, las funciones que se le ha otorgado a la administración no son exclusivamente activas sino mixtas donde se vinculan poder y deber, siendo la falta de ejecución de esos deberes un incumplimiento a los fines mismos de la potestad entregada.

f) *Inactividad en cuanto a la ejecución de sentencias emitidas por los tribunales contenciosos administrativos.*<sup>136</sup> A lo que se suma, y según la legislación, los pocos poderes otorgados a los jueces para hacer real en la práctica lo sancionado en sentencia. En nuestro país no es posible embargar cuentas del tesoro nacional, al tratarse de una prohibición que se menciona en el artículo 170 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas el cual en su parte pertinente menciona “Los recursos de la Cuenta Única del Tesoro son inembargables y no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva ni cautelar”.<sup>137</sup>

Esto, sin embargo, varía con la concepción novedosa de una justicia universal y plenaria, que se interesa por romper privilegios de los cuales ha gozado la administración, muchas veces arbitrarios, para hacer valer en verdad los derechos de los ciudadanos por medio de un control a toda actuación e inactividad de la administración.

Este nuevo paradigma ha sido especialmente desarrollado en la legislación costarricense, donde el régimen de ejecución de sentencias no solo que contempla la

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, 187.

<sup>135</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 15-6.

<sup>136</sup> *Ibid.*, 16.

<sup>137</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial Suplemento 306, 22 de octubre de 2010, art. 170.

posibilidad de embargo a bienes fiscales y algunos de dominio público, sino que establece un conjunto de medidas coercitivas cuya aplicación y seguimiento se encuentra a cargo de un cuerpo de jueces ejecutores especializados y con poderes amplios que se limitan únicamente a la razonabilidad y proporcionalidad para ser dictadas.

En este sentido, el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica en el artículo 155 numeral 3 menciona “el juez executor dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución”.<sup>138</sup> Entre las referidas medidas coercitivas se pueden señalar: multas coercitivas entre uno a cinco salarios base de ese país al funcionario encargado de ejecutar la sentencia y que no la realice en el tiempo indicado; si luego de haber intentado este mecanismo no se cumple la sentencia se establecen varias maneras de sanción indicadas en el artículo 161 del mismo cuerpo legal, que en modo secuencial son: 1) requerir la colaboración de las autoridades de la entidad que ha sido condenada, 2) ejecución subsidiaria con cargo al ente público sancionado, 3) el propio juez executor puede tomar las medidas necesarias para obtener fondos indispensables para ejecutar la sentencia.<sup>139</sup>

Sobre los fondos económicos, la sola certificación emitida por el juez executor constituye título suficiente para proceder al pago de lo adeudado por el Estado. En caso de que la institución obligada a indemnizar no lo hiciera en el tiempo indicado en la sentencia, el juez executor puede notificar dicho particular a la Contraloría General de la República para que dicha entidad no pueda aprobar o modificar su presupuesto. Además, puede proceder con el embargo de bienes de dominio fiscal o incluso los del público, respecto de los bienes que se detallan en el artículo 169 numeral 1 del Código Procesal Administrativo de Costa Rica, entre ellos señala:

- a) Los de dominio privado de la Administración Pública, que no se encuentren afectos a un fin público.
- b) La participación accionaria o económica en empresas públicas o privadas, propiedad del ente público condenado, siempre que la totalidad de dichos embargos no supere un veinticinco por ciento del total participativo.
- c) Los ingresos percibidos efectivamente por transferencias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional, en favor de la entidad pública condenada, siempre que no superen un veinticinco por ciento del total de la transferencia correspondiente a ese período presupuestario.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Costa Rica, *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Gaceta 120 alcance 38, de 22 de junio de 2006, <https://www.imprentanacional.go.cr>, art 155.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, art. 161.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, art. 169.

#### 4. Desviación de poder

Para conocer lo que implica la desviación de poder es necesario delimitar su concepto; el profesor Luis Béjar, entre las definiciones que recoge en su texto señala que se trata de un “hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia, y respetando las formas impuestas por la legislación usa de su poder en casos, y por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de Derecho”.<sup>141</sup> Así mismo señala que se refiere al “uso de facultades administrativas para fines no preceptuados en el ordenamiento jurídico”.<sup>142</sup>

A pesar de lo cual, el profesor Manuel Clavero menciona que “ello puede conducir a pensar que un requisito para que se dé la desviación de poder es precisamente el que el acto sea regular y válido en todos su demás elementos”.<sup>143</sup> Por tanto, se debe tener claro que no es necesario que en la desviación de poder el resto de elementos del acto se encuentren sin vicios, pues es perfectamente posible caer en ella aun cuando el acto haya sido dictado por una autoridad incompetente o incumpliendo las formas legales establecidas. Esta figura aparece con el solo apartamiento del fin que se ha determinado normativamente para cada actuación, pudiendo concurrir con otros vicios.

En conclusión, la desviación de poder se encuentra intrínsecamente ligada al elemento teleológico de los actos administrativos, por lo que puede ser objeto de control por parte de la justicia administrativa. Aunque no se encuentra mayormente desarrollada esta figura en el sistema jurídico ecuatoriano, nuestra legislación otorga competencia a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para conocer acciones relacionadas con la desviación de poder, en el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos.

Este control sería tanto a la moralidad del acto como a la legalidad del mismo. A la moralidad, en virtud de que siempre un acto administrativo debe procurar “la formación moral, el fomento de las buenas costumbres [como una de] las finalidades a

---

<sup>141</sup> Luis José Béjar Rivera, “Nulidad y desviación de poder en los actos y contratos administrativos: ¿legalidad o inmoralidad administrativa?”, *Aletheia: Cuadernos críticos del Derecho* n.º 1 (2016): [https://www.liberlex.com/archivos/II\\_monog\\_DCCP-desvia.pdf](https://www.liberlex.com/archivos/II_monog_DCCP-desvia.pdf), 50.

<sup>142</sup> *Ibid.*, 50.

<sup>143</sup> Manuel Francisco Clavero Arévalo, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 30 (1959): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112425>. 111.

las que debe dirigirse la actuación administrativa”,<sup>144</sup> y a la legalidad, porque se trata de un abuso de poder, que estando fijado un parámetro legal o constitucional para el ejercicio de una potestad se transgrede el orden jurídicamente constituido.

La desviación de poder nació en el derecho francés y se la ubicó dentro del recurso de exceso de poder.<sup>145</sup> Aunque en otras legislaciones, como en el derecho español por ejemplo, su nacimiento no fue fruto de la función legislativa, sino que se formó jurisprudencialmente, sancionado como un exceso de poder en sentido amplio, esto es, provocando la nulidad del acto administrativo luego de un análisis a su interior, es decir, al fin que persigue. Para Sebastián Retortillo esta situación se produjo en razón de que al ampliarse el control de la justicia administrativa ninguna de las demás funciones hubiera querido una fiscalización más profunda, por lo que quedó en manos del juez decidir la legalidad de la conducta administrativa en cuanto al ejercicio de funciones acorde con el elemento teleológico y legal.<sup>146</sup>

Todo acto administrativo para su validez y eficacia viene determinado por ciertos elementos, es decir, están perfectamente tipificados los requerimientos básicos para su nacimiento en el ordenamiento jurídico, y cuando el agente administrativo se aparta de éstos el acto nace con un vicio de desviación de poder, no siendo necesario la intención positiva de actuar con un fin distinto, así lo indica el profesor Manuel Clavero cuando menciona que “si se quebranta la finalidad marcada por el Ordenamiento jurídico estamos en presencia de desviación de poder, aun cuando el actor del acto no hubiera perseguido finalidad alguna distinta a la marcada”.<sup>147</sup>

Dicho de otro modo, debe existir una violación al fin tipificado en la norma como único elemento que configura la desviación de poder, pues “esa finalidad, que no es más que la determinación del interés público [...] es intrínseca al propio acto, es uno de los elementos del mismo, de lo que se infiere que el acto estará viciado cuando tal finalidad específica se haya omitido o falseado”.<sup>148</sup>

Doctrinariamente se ha establecido como clases de desvío de poder a: 1) Desviación a fines ajenos al interés general: donde la legalidad del acto es aparente, pues su finalidad se aparta de lo indicado en la norma como interés general y 2)

---

<sup>144</sup> Béjar, “Nulidad y desviación de poder”, 52.

<sup>145</sup> *Ibid.*, 51.

<sup>146</sup> Sebastián Retortillo Baquer, “La desviación de poder en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, n.º 22 (1957): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112426>, 134.

<sup>147</sup> Clavero Arévalo, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, 121.

<sup>148</sup> Retortillo, “La desviación de poder en el Derecho español”, 139.

Desviación a fines públicos, pero diferente a aquel que señala el ordenamiento jurídico: en este caso la administración pública actúa con miras a un interés general pero el instrumento jurídico que usa para hacerlo real no guarda correspondencia con ese fin.<sup>149</sup>

Por tener que ver con un tema moral que controla la finalidad de la actuación administrativa, que implica un análisis tanto de la propia voluntad legislativa como de la del creador del acto administrativo, se admite una prueba indiciaria e indirecta basada en hechos que permitan su análisis judicial. Esto por cuanto la prueba directa es de más difícil consecución. El desarrollo jurisprudencial español permitió fijar características a la desviación de poder, contempladas en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1993,<sup>150</sup> siendo las siguientes:

- a) Abarca a todos los órganos que ejercen una potestad administrativa;
- b) Se produce ante situaciones activas o inactivas;
- c) Procede tanto en actividad reglada como en discrecional;
- d) No excluye la concurrencia otros vicios al acto administrativo;
- e) Se puede acudir a presunciones para su prueba;
- f) Debe constatarse la contradicción entre el fin y el ordenamiento jurídico.

Una vez que se ha analizado la actividad de la administración pública en contraste con su inactividad, en el siguiente capítulo se realizará un estudio de la situación procesal tanto en nuestra legislación como en legislación comparada respecto al tratamiento de la inactividad. Todo lo cual permitirá hacer una evaluación de falencias sobre el control judicial de la inactividad material de la administración pública y determinar la necesidad de ampliar el control que ejerce la justicia contenciosa administrativa.

---

<sup>149</sup> Béjar, “Nulidad y desviación de poder”, 55.

<sup>150</sup> Mora, “El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública”, 47-8.

## **Capítulo segundo**

### **Control jurisdiccional de la inactividad material de la administración pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

#### **1. El control que realiza la jurisdicción contencioso administrativa**

Con el fin de resaltar la trascendencia del control que debe realizarse por medio de la jurisdicción contencioso administrativa, quiero iniciar este capítulo con una frase del profesor Ernesto Jinesta que dice: “el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable”,<sup>151</sup> lo cual da a entender hasta dónde debe extenderse dicho control. Al ser universalmente justiciable, se trataría de una vigilancia permanente a toda actuación y omisión de la administración pública, incluyendo aquellas facultades denominadas discrecionales.

Resulta necesario tener un control amplio de la jurisdicción contencioso administrativa en razón de que posibilita la vigencia de los derechos constitucionales del ciudadano, coadyuva al cumplimiento de los deberes estatales y, sobre todo, se resaltan libertades ciudadanas, por cuanto el poder estatal llegaría a ser respetuoso de los derechos y conocedor de sus límites.

Respecto a aquello, el profesor Ernesto Jinesta indica que dentro de cada ordenamiento jurídico deben fijarse cláusulas generales de revisión jurisdiccional a toda la función administrativa, con un rango constitucional, dado que la “protección jurisdiccional sin fisuras o lagunas, constituye un avance sustancial y notable en favor de la libertad en la lucha permanente contra las inmunidades y arbitrariedades de la administración pública y de su intervencionismo exacerbado”.<sup>152</sup> Dicho de otro modo, debe existir entre la Constitución y el control una relación directa, más aún cuando nuestro Estado se erige como uno Constitucional de Derechos y Justicia.

En este sentido, el control de la función administrativa debe ser el pilar básico tanto para el desenvolvimiento normativo adecuado de la parte dogmática de la

---

<sup>151</sup> Ernesto Jinesta Lobo, “El control jurisdiccional de la administración pública”, *Revista Judicial*, n.º 63 (1997): 98-114, [http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/CONTROL%20JURISDICCIONAL%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20JURISDICCIONAL%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.PDF), 98.

<sup>152</sup> *Ibid.*

Constitución, como para el correcto despliegue de los principios constitucionales respecto a la organización estatal.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, el término control es una “comprobación, inspección, fiscalización”,<sup>153</sup> es decir, se trata de ejercer una vigilancia sobre algo. Respecto al control jurisdiccional de la administración pública, hace relación a un poder fiscalizador confiado a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para solucionar conflictos jurídicos sometidos a su conocimiento, en los cuales se contraponen una prerrogativa pública y un derecho ciudadano.

En suma, el control es consustancial al poder ejercido por la administración, pues éste no existe sin aquel, el control se impone para encauzar la función administrativa dentro de los márgenes permitidos, y lograr así la consecución de los fines públicos y al propio tiempo, se erige en garante de la probidad y moralidad administrativas, pues la finalidad de los diversos sistemas y procedimientos de control es verificar la conformidad o adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración.<sup>154</sup>

En otras palabras, el control es una herramienta jurídica que permite desarrollar una buena administración, apegada al principio de legalidad en sentido amplio, verificando el alineamiento de la conducta administrativa al Derecho para permitir la mejor vigencia de los derechos del ciudadano. Esa fue la idea desde la separación de poderes, que concebía al control como el contrapeso del poder y garantía de las libertades ciudadanas.<sup>155</sup>

El control que se realiza por medio de la jurisdicción contencioso administrativa tiene como misión restituir el equilibrio entre el poder de la autoridad y el derecho del ciudadano, pues “la jurisdicción contencioso administrativa se instauró para proteger al individuo contra la administración pública y no a la inversa”,<sup>156</sup> es decir, un efectivo control de las potestades públicas contribuye a administrar mejor, creando una administración más garantista, eficaz y protectora de derechos.

Por estas razones, en la doctrina se ha establecido que la jurisdicción contencioso administrativa es contralora de la legalidad de la conducta de las instituciones del Estado. Es decir, es la que evita que la actuación administrativa salga de los límites establecidos tanto en la Constitución como en la ley, sea por medio de una

---

<sup>153</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001), 437.

<sup>154</sup> Jinesta, “El control jurisdiccional de la administración pública”, 99.

<sup>155</sup> *Ibid.*, 102.

<sup>156</sup> *Ibid.*, 161.

actividad material, jurídica o su inactividad, cuando esta no guarde conformidad con el ordenamiento jurídico o lesione derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, esto ha generado una distorsión en el control que realizan los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pues se les ha dado un carácter meramente revisor de la legalidad, entendida esta como una revisión a los actos administrativos. Así lo expone el profesor Rexach cuando indica que “la configuración tradicional del control judicial de la Administración por los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo estaba basada en el principio del <<acto previo>>. Según él, dicho control sólo era posible cuando se había dictado un acto administrativo”.<sup>157</sup>

Esta idea viene siendo arrastrada desde la formulación de la Ley para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de septiembre de 1888, conocida como Ley Santamaría de Paredes de España, antecedente inmediato de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ecuatoriana, que se fundamentaba en la concepción doctrinaria de su creador respecto a que la vía contencioso administrativa es “la revisión, en forma de juicio, de una resolución dictada con carácter definitivo por la Administración en la vía gubernativa, en virtud de sus facultades regladas, contra la cual reclama, dentro de cierto plazo, aquel que considera lesionado un derecho administrativo”,<sup>158</sup> es decir, el objetivo de la vía contencioso administrativa era la revisión por parte de un juez especializado de las resoluciones de la administración pública que posiblemente lesionen un derecho. Este control era activado por efecto de una demanda de un administrado, propuesta en un tiempo normado en la ley; y, el objeto de revisión era la actuación de la administración, expresada únicamente en actos administrativos.

De este modo, surgió el proceso contencioso administrativo como una revisión al acto, mediante el cual solo la actividad de la administración podía ser sometida a un recurso o control judicial, quedando por fuera la inactividad, ya que en esas situaciones la administración no se ha pronunciado y, por tanto, no ha manifestado una voluntad que sea revisable judicialmente.

---

<sup>157</sup> Ángel Menéndez Rexach, “El control judicial de la inactividad de la Administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* n.º 5 (2001): 163-86, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283996>, 163.

<sup>158</sup> Antonio Mozo Seoane, *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Madrid: Editorial REUS, 2017), [https://www.editorialreus.es/static/pdf/9788429019582\\_PP\\_manual\\_de\\_jurisdicciotexto.pdf](https://www.editorialreus.es/static/pdf/9788429019582_PP_manual_de_jurisdicciotexto.pdf), 12-3.

Como corolario, vale decir que, como se ha visto en el primer capítulo, la administración pública no solo cumple sus fines mediante actos administrativos, hechos, reglamentos, entre otros, sino que también existen obligaciones de prestación (como los servicios públicos), actuaciones materiales, omisiones y otros, que no encuentran un mecanismo adecuado de impugnación en el ordenamiento jurídico, al menos en el ecuatoriano, pues la jurisdicción contencioso administrativa está reservada al control de la legalidad de lo que se conoce como actuación administrativa.

Sin embargo, se debe entender que el control debe ser universal a fin de evitar arbitrariedades y mejorar la administración en favor del ciudadano; en este sentido, se requiere “superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.<sup>159</sup> Lo que quiere decir que es tiempo de devolverle a la justicia contenciosa administrativa el papel de garante de la legalidad, de la conformidad de la conducta administrativa con la ley y la Constitución, así como su rol de efectivo contrapeso del poder. Esto implica entregar una tutela judicial amplia, no basada en la existencia de un acto administrativo previo, sino apoyada en pretensiones respecto a la ilegalidad conductual de la administración pública, a través de recursos directos que permitan implementar un control judicial plenario sobre toda la función administrativa.

Respecto a este tema destaca la sentencia STC 294/1994 del Tribunal Constitucional español, de 7 de noviembre de 1994, dentro de un caso en el que los interesados interpusieron recurso contencioso administrativo a fin de obtener el pago de una liquidación en dinero, debida y reconocida expresamente por la administración. Sin embargo, bajo la interpretación del carácter revisor o del acto previo se negó el recurso en el Tribunal Supremo por la inexistencia de un acto administrativo impugnado, pues no podía recurrirse contra una decisión de la administración que era favorable a los solicitantes. En este caso el Tribunal Constitucional español indicó que “lo que los particulares pretendían no era obtener un acto administrativo favorable (eso ya lo habían obtenido), sino que se proceda al efectivo pago de lo ya declarado, que se cumpliera materialmente con la prestación”.<sup>160</sup> Entonces, por medio del recurso contencioso contra la inactividad de la administración pública se pretende condenarla a aquella obligación

---

<sup>159</sup> *Ibid.*, 166.

<sup>160</sup> *Ibid.*, 362-3.

que ha asumido, sea por medio de un contrato, acto administrativo, la ley, la Constitución o cualquier otro instrumento jurídico.

En conclusión, se debe dejar el tradicional recurso al acto para dar paso al conocimiento y resolución de pretensiones, que tiendan a devolverle el equilibrio y armonía al ordenamiento jurídico a través de un real control de legalidad.

### 1.1. Objeto y pretensiones procesales

Para comprender el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, creo necesario partir por señalar que “el proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones”,<sup>161</sup> de tal manera que este será el vehículo adecuado por medio del cual el juez contencioso administrativo puede realizar control de la conducta administrativa, en sentido amplio.

La expresión ‘contencioso-administrativo’ acompaña, sin duda, al ejercicio por parte de los administrados de su derecho a cuestionar ante el Poder Judicial los actos de la administración, su silencio, su inercia, sus actuaciones materiales, entre otras manifestaciones de los órganos de la administración que surtan efectos sobre los derechos e intereses de los administradores.<sup>162</sup>

En otras palabras, el acceso a la justicia administrativa implica el derecho a oponerse tanto a actuaciones como a omisiones de la administración, pues la pretensión debe versar sobre su ilegalidad o inconformidad con el ordenamiento jurídico, no sujeta a un pronunciamiento previo de la administración. En razón de que “si bien la acción contencioso administrativa va dirigida a impugnar un acto administrativo expedido desde la administración pública, es necesario entender que lo que se impugna en sí, es la actuación irregular o en algunos casos arbitraria del funcionario público”,<sup>163</sup> con lo que se puede interpretar que la inexistencia de un acto administrativo no debe ser óbice para que el ciudadano pueda acceder con sus pretensiones a la jurisdicción contencioso administrativa y hacer valer sus derechos.

En nuestro país, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa ha ido variando a lo largo de la historia, lo cual se resume en un cuadro en el que se detalla la

---

<sup>161</sup> Marcelo Costa Cevallos, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador: análisis doctrinario y jurídico* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones: 2017), 6.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.*, 10.

Constitución de la época (resaltándose las más importantes) y el objeto de control o facultades de los jueces de lo contencioso administrativo:

Tabla 2

**Desarrollo histórico de la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana**

Constitución de la República	Órgano contencioso administrativo	Facultades o disposiciones
1830	Consejo de Estado	Órgano de nivel asesor y consultivo del poder ejecutivo y sanción de leyes.
1835, 1843	Consejo de Gobierno	Emite dictámenes respecto a proyectos de ley que llegan al Ejecutivo.
1851	Consejo de Estado	Sigue siendo órgano asesor con una ligera ampliación de facultades respecto a conocer excusas y renunciaciones de Ministros de la Corte Suprema.
1852, 1861	Consejo de Gobierno	Conserva sus facultades anteriores, pero cambia en su estructura.
1869, 1878, 1897	Consejo de Estado	El Consejo de Estado lo preside el Presidente de la República. A las facultades de asesoría se suma la declaración de los estados de sitio. En 1907 se aumenta en el Consejo al Rector de la Universidad Central.
1906		Se le reconoce la facultad de garantizar el respeto de las leyes y la Constitución por parte de las autoridades como el presidente y los magistrados.
1929		Se le faculta a que declare la nulidad de los actos normativos que violentan las disposiciones constitucionales o legales dictados por el ejecutivo.
1945	Tribunal de Garantías Constitucionales	Se da paso al control de legalidad y constitucionalidad.
1946	Consejo de Estado	Conserva sus facultades y se aumenta la competencia de emitir decisiones respecto a contratación pública.
1967	Tribunales de lo Contencioso y Fiscal	Se rige por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1968.
2008	Tribunal Contencioso Administrativo	Las normas del procedimiento contencioso administrativo se indican en el Código Orgánico General de Procesos y su estructura y atribuciones en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Fuente: Marcelo Costa Cevallos (2017).<sup>164</sup>

Elaboración propia

De lo dicho se desprende que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa ha ido evolucionando desde tener inicialmente solo un ámbito consultivo hasta revisor de la legalidad de la conducta administrativa. Actualmente, el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos destaca el objeto de la jurisdicción administrativa en los siguientes términos: “tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del

<sup>164</sup> Ibid., 21-31.

sector público [...] así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder”.<sup>165</sup> Es decir, se establece como garante de la tutela efectiva y contralor de la legalidad; la primera, entendida como “el derecho que tienen los administrados de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para buscar la protección de sus derechos sustanciales a través de la formulación de unos pedimentos o pretensiones”,<sup>166</sup> y respecto a la segunda, como revisor de la actividad administrativa para armonizar la conducta de la administración pública con el derecho.

Desde la visión del profesor Alejandro Nieto, el dogma conocido de que la jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la protección de derechos constituye el génesis de la ausencia de control a la inactividad material del Estado. Bajo ese razonamiento, los derechos se verían vulnerados con actuaciones de la administración, y si ella no ha actuado no puede generar un daño. Entonces, lo correcto es sostener que el verdadero objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es la protección de la legalidad; esto es, que la conducta administrativa se ciña a lo establecido en la ley y la Constitución. Como efecto del cumplimiento cabal de la normativa por parte de la administración pública se produce un beneficio al ciudadano en sus derechos, pero no es su función principal.<sup>167</sup>

Para resaltar la facultad contralora de la jurisdicción contencioso administrativa, Alejandro Nieto menciona que es por ello que el primer recurso que cronológicamente nace es el de la nulidad para eliminar actos ilegales, mas no para restablecer un derecho subjetivo. Es por influencia del proceso civil que con el tiempo se va alejando de su cometido original hasta dejar en manos de cada ciudadano el acudir, por su iniciativa, a dicha jurisdicción, al ver afectado un derecho. Aparece entonces el recurso de plena jurisdicción, con el objeto de proteger derechos subjetivos, donde lo principal es una solicitud judicial de un interesado para restablecer un derecho vulnerado, pues “lo decisivo no era la existencia de una ilegalidad y de una violación de los derechos, sino la presencia de un particular reclamante”.<sup>168</sup>

Sin tal requerimiento el control de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo queda sin sustento y, por lo tanto, están vedados de garantizar la

---

<sup>165</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 300.

<sup>166</sup> Ciro Norberto Güechá Medina, *Derecho Procesal Administrativo* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004), 206.

<sup>167</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 28.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, 29.

legalidad, pues solo pueden actuar para defender derechos de los interesados que acuden a ella con una demanda. Se reservó así el espectro de la legitimación activa a quienes se vean afectados en un derecho subjetivo y a quien tenga determinados intereses legítimos en la causa que solicita su apertura, siempre con un carácter individual, lo cual deja por fuera intereses colectivos o difusos, que a decir del profesor Nieto, son los que más se afectan por la inactividad material de la administración pública.<sup>169</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico se contemplan también las antes mencionadas acciones: por un lado, la subjetiva o de plena jurisdicción, que se habilita cuando existe un derecho subjetivo lesionado por una conducta administrativa. Las pretensiones en este caso son el restablecimiento del derecho vulnerado y, de ser pertinente, una reparación del daño sufrido. Así lo expone la resolución 662-2017 de la Corte Nacional de Justicia, en el ordinal cuarto, donde se menciona que esta acción “versa sobre una situación individual y concreta y que de haber lugar no solo se concede al agraviado el derecho abstracto para alcanzar el restablecimiento de la legalidad, sino, además, de obtener de la administración la reparación del daño [a] su derecho subjetivo”.<sup>170</sup> Entendiéndose este como “un interés íntimo de carácter personalísimo [...] propio de cada portador del derecho, individual [...] exclusivo [y] excluyente”.<sup>171</sup> Además de los actos y los hechos, procede sobre la impugnación de actos normativos, siempre que medie un derecho subjetivo negado, no reconocido o desconocido.

Por otro lado, se prevé también la acción de anulación u objetiva, que exige como requisito de procedencia la existencia de un interés directo en solicitar la nulidad de un acto normativo por un exceso o desviación de poder. La misión de esta acción es restablecer la legalidad del ordenamiento jurídico con la anulación de actos normativos discordantes con el Derecho, de ello que la pretensión esgrimida dentro de esta acción será la nulidad del acto normativo.

Además de dichas acciones, el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos prevé otras como la de lesividad; y las especiales de: pago por consignación, responsabilidad objetiva del Estado, nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, controversias en materia de contratación pública y otras.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>170</sup> Costa Cevallos, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador*, 50.

<sup>171</sup> *Ibid.*, 66.

<sup>172</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 326.

Respecto a la inactividad material de la administración pública, que no se contempla en nuestro medio jurídico, la legislación española prevé que este recurso procede cuando cumpla supuestos como: 1. Reclamación de una prestación concreta y establecida a favor de una o varias personas, 2. Versar sobre una obligación bien definida de hacer o de dar por parte de la administración pública, 3. La obligación debe estar plasmada en una disposición general, acto, contrato o convenio administrativo.<sup>173</sup>

Por tratarse de una omisión de una actividad material debida, la pretensión procesal, dependiendo de la configuración normativa en cada país, puede ser el “reconocimiento de una situación jurídica individualizada [o la solicitud de] una sentencia de condena [...] en la que se ordene a la administración que rompa la inactividad denunciada y actúe”,<sup>174</sup> pudiendo además solicitar medidas cautelares que suspendan los efectos de la inactividad. En otras palabras, la pretensión se centra en condenar a la administración a hacer aquello que está debidamente establecido en una norma, acto o contrato administrativo.

En Costa Rica, al ampliarse el control de la jurisdicción contencioso administrativa, se han aumentado el conjunto de pretensiones, siendo incluidas aquellas denominadas prestacionales o de condena para hacer frente a la inactividad estatal. Las mismas están detalladas en el artículo 42 del Código Procesal Contencioso Administrativo de ese país, citándose entre otras, aquellas que se refieren específicamente al control de la inactividad, detalladas en el literal g) que menciona: “que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específicamente impuesta por el ordenamiento jurídico”;<sup>175</sup> además, la del literal i) que señala: “que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones actuales o potenciales de la persona”,<sup>176</sup> con lo cual queda cubierta la gama tipológica de la inactividad material, antes señalada en este trabajo.

---

<sup>173</sup> Francisco Velasco Caballero y José María Rodríguez de Santiago, “La inactividad de la Administración en las reformas de la legislación administrativa de 1998 y 1999. Especial referencia al silencio administrativo”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n.º 2 (2000): 337-370, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6290>, 363.

<sup>174</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 62.

<sup>175</sup> Costa Rica, *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Gaceta 120 alcance 38, 22 de junio de 2006, <https://www.imprentanacional.go.cr>, art 42.

<sup>176</sup> *Ibid.*

## 1.2. La impugnación de la inactividad material

La posibilidad de impugnar decisiones de entes públicos administrativos o judiciales constituye “un medio de defensa, [...] un mecanismo de tutela de derechos e intereses personalísimos”,<sup>177</sup> definido como la “acción o efecto de atacar o refutar un acto judicial, disposición testimonial, informe de peritos, con el objeto de obtener, su revocación o invalidación”,<sup>178</sup> situación que fue permitida desde épocas antiguas, salvo excepciones como la antigua Roma o el Derecho Germano, donde las sentencias o actos emanados por la administración tenían carácter de irrefutables por contener incluso un aval divino inamovible. Sin embargo, posteriormente se concede la facultad de contradecirlo por medio de un recurso, como un instrumento para oponerse a las decisiones administrativas o judiciales a fin de eliminarla o modificarla.<sup>179</sup>

Este derecho a recurrir o impugnar se presenta en nuestro sistema jurídico de modo amplio en el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 31, que indica con carácter general la impugnabilidad en sede judicial de los actos de la administración; y, aunque de modo restringido en mi opinión, por referirse exclusivamente a actos administrativos, la Constitución en el artículo 173 menciona que “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.<sup>180</sup>

Sin embargo, me parece importante hacer una diferenciación respecto a impugnar a través de un recurso y de una acción, debido a que la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ecuatoriana disponía respecto a recursos en el artículo 3, mientras que el actual 326 del Código Orgánico General de Proceso se refiere a acciones. “Con la acción se excita a la jurisdicción y se promueve el proceso”,<sup>181</sup> la palabra acción proviene del latín *actio* que significa “realizar, efecto de poner, posibilidad de hacer alguna cosa”,<sup>182</sup> en otras palabras, la acción pone en marcha la

---

<sup>177</sup> Costa Cevallos, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador*, 39.

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> *Ibid.*, 38.

<sup>180</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 173.

<sup>181</sup> Costa Cevallos, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador*, 48.

<sup>182</sup> Güechá Medina, *Derecho Procesal Administrativo*, 206.

actividad jurisdiccional permitiendo acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión.<sup>183</sup>

Por otra parte, el recurso “es un volver a dar curso al conflicto, un volver, en plan de revisar, sobre lo andado, de manera que ante quien deba resolverlo concurren las mismas partes que contendieron ante el inferior”,<sup>184</sup> es decir, una revisión sobre lo ya resuelto en otro momento procesal. De esto, varios autores se han mostrado a favor de haber cambiado el término recurso por el de acción, puesto que “en realidad el juez no hace una revisión del procedimiento administrativo, sino que se instaura un nuevo proceso con nuevas pruebas y nuevos hechos”,<sup>185</sup> por lo tanto “no es una especie de segunda instancia, a la que se accedería luego de haber asistido y agotado la vía administrativa”.<sup>186</sup> Bajo ese razonamiento, el término adecuado sería el de acción porque se accede por primera vez a la jurisdicción contencioso administrativa con la correspondiente exposición de sus pretensiones.

En torno a la impugnación de la inactividad, el profesor Alejandro Nieto menciona que la resistencia al control judicial de la inactividad de la administración pública se debe a ciertos mitos que giran alrededor del carácter revisor, el que sostiene que la revisión judicial se ha de dar sobre el conocimiento del acto administrativo.

No entra en el alcance ni en la función de esta jurisdicción la creación o <<invención>> del acto administrativo, sustituyendo la actividad característica, ya que, atenta solo al conocimiento de las pretensiones que se deducen en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo, su objeto es examinar si fueron o no dictados conforme a Derecho.<sup>187</sup>

De lo descrito anteriormente se desprenden las principales barreras, legales o políticas del control de la inactividad de la administración pública, siendo estas las siguientes:

*Separación de poderes:* Se tiene como idea que la intervención de la función judicial en las omisiones administrativas se trataría de una intromisión entre los poderes

---

<sup>183</sup> Augusto Durán Martínez, *Contencioso Administrativo* (Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2015), 97.

<sup>184</sup> Costa Cevallos, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador*, 48.

<sup>185</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> Manuel Francisco Clavero Arévalo, “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de los actos que la administración no entró en el fondo del asunto”, *Revista de Administración Pública*, n.º 42 (1963): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115651>, 217-227, 218.

judicial y ejecutivo, de tal modo que no estarían cumpliendo con la función propia excluyente y separada como nacieron.<sup>188</sup>

*Control de la legalidad:* se destaca que a lo largo del desarrollo del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa se han producido inconsistencias que impidieron el control de la inactividad, entre ellas: constituir a lo contencioso administrativo en una jurisdicción rogada, que requería de la presencia de un particular reclamante; el problema de la legitimación, que implica la necesidad de la presencia de un derecho subjetivo violentado o por lo menos un interés directo y legítimo, cuando lo originario de la jurisdicción contencioso administrativa es el control de la legalidad, garantizando el respeto del ordenamiento jurídico.<sup>189</sup>

*Legalidad y oportunidad:* parte de la idea de que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo deben controlar la legalidad, pero lo referente a la oportunidad de esos actos solo lo puede controlar la administración, con lo cual queda un espacio para justificar la inactividad.<sup>190</sup>

A pesar de ello, la inactividad del Estado debe ser controlada en sede judicial por parte de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y el profesor Alejandro Nieto propone como soluciones, muchas de las cuales han sido aceptadas en varios ordenamientos jurídicos, las siguientes:

1. Impugnación directa, sin esperar que el conflicto sea resuelto por la administración pública, quedando el juez obligado a resolver en sustitución de la autoridad administrativa.

2. Imposibilidad de que resuelvan de modo directo sin la existencia de un acto administrativo previo. No pueden ordenar a la administración que adopte una u otra resolución, pues el “juez no puede ejercer presión sobre la Administración más que por procedimientos indirectos”,<sup>191</sup> por efecto de la presencia de la división de poderes.

3. Convertibilidad de la inactividad material a una formal para impugnar el acto expreso o tácito que derive de ello, es decir, no se conoce la inactividad material de modo directo sino por medio de un recurso que habilita la revisión del acto administrativo.<sup>192</sup> En otras palabras, frente a una inactividad material, la persona

---

<sup>188</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 27.

<sup>189</sup> *Ibid.*, 28-30.

<sup>190</sup> *Ibid.*, 51-2.

<sup>191</sup> Nieto, “La inactividad de la Administración”, 115.

<sup>192</sup> *Ibid.*, 118.

perjudicada debe acudir a la administración pública con una reclamación para provocar un acto administrativo que sea susceptible de revisión judicial administrativa.

Esta última tendencia estuvo marcada en la jurisprudencia española del Tribunal Supremo, que en sentencia de 18 de marzo de 1959, cuando un coronel del ejército de aquel país solicitó a la administración pública que se respete el orden de ascensos y se establezca el número de coroneles incapacitados para el vuelo que estarían habilitados para subir en la escala jerárquica, no recibió contestación y acudió con su pretensión a la jurisdicción contencioso administrativa, la cual negó su petición en razón de que no se trataba sobre la revocación o nulidad de una resolución administrativa. Dentro de la sentencia se indicó que: “para subsanar tales negligencias de la Administración, el procedimiento adecuado es plantear ante ella el pertinente escrito en que se solicita el cumplimiento del precepto que no se está aplicando [...] y de subsistir la inercia de la Administración en hacerlo y resolver [...] dan cauce entonces ante esta jurisdicción”.<sup>193</sup> En otras palabras, para acceder al control de la inactividad de la administración pública se requería un pronunciamiento previo sobre el tema en sede administrativa para que esté habilitada la sede jurisdiccional de conocer el caso.

### 1.2.1. Recursos directos

Según el tipo de inactividad y de acuerdo a la configuración legislativa de cada país, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo pueden tener varias formas de intervención con diverso alcance de lo dictaminado en su sentencia.

Sin embargo, aun en los países en los cuales se ha adoptado mecanismos de impugnación a la inactividad de la administración se sigue encontrando ciertos obstáculos para su pleno desarrollo jurisdiccional, como son: por un lado, la discrecionalidad de ciertas actuaciones administrativas, que no permiten a los tribunales sustituir de modo completo la inactividad expuesta por el ciudadano. Esto porque la potestad de decisiones discrecionales basadas en el criterio de oportunidad le ha sido conferida a la administración de modo exclusivo,<sup>194</sup> siendo en ese sentido que “a los Tribunales corresponde controlar si la Administración ha hecho uso correcto de sus facultades”,<sup>195</sup> es decir, existen opiniones teóricas respecto a la imposibilidad de

---

<sup>193</sup> *Ibíd.*, 121.

<sup>194</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 45

<sup>195</sup> *Ibíd.*

sustitución vía judicial de una problemática que bien podría resolverse con una administración más ágil, eficaz y eficiente en los pedidos ciudadanos.

Por otro lado, el siguiente escollo es la ejecución de la sentencia dictada por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en razón de que al tratarse de alguna actividad jurídica que no haya sido cumplida, bien puede ser satisfecha directamente por la administración de justicia; pero, en cuanto a actividades materiales, y más de tracto sucesivo como la prestación de un servicio público, la sentencia no podría sustituir una actividad netamente física.<sup>196</sup>

Estas circunstancias no pueden ser motivos para dejar de controlar la inactividad de la administración, sino que es necesario considerar estos problemas a fin de modular las sentencias emitidas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para que puedan ser ejecutadas efectivamente; de ello que según el profesor Alejandro Nieto, considerando los supuestos de inactividad administrativa, los tribunales podrían optar por lo menos con dos modalidades de intervención, a saber:

1. *Intervención no sustitutiva*: Con esta variante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia determina la ilicitud de la inactividad administrativa y ordena a la administración la subsane por medio de la actuación omitida. La sentencia podría ser expresada en el sentido de que se actúe, dejando su procedimiento al albedrío de la administración; o a su vez pronunciarse también respecto a los parámetros que ha de observarse para la ejecución, es decir, determinando el contenido de la acción que debe realizar la administración. De una u otra forma lo que sucede en este tipo de intervención es que la orden existe, pero no se sustituye la voluntad administrativa.<sup>197</sup>

2. *Intervención sustitutoria*: se trata propiamente de una intervención, puesto que la administración en su sentencia no se limita a determinar el acto que debe realizarse, sino que es el propio tribunal el que lo realiza, sustituyendo a la administración.<sup>198</sup>

A la introducción de la intervención judicial sustitutoria se oponen, en principio, serios obstáculos, vista la repugnancia lógica a admitir que los Tribunales puedan dictar actos administrativos, siendo así que la misma finalidad puede obtenerse, y de forma más congruente, a través de una sentencia de condena, cuyo cumplimiento ha de satisfacer plenamente las pretensiones de los recurrentes.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid., 45-7.

<sup>198</sup> Ibid., 48.

<sup>199</sup> Ibid.

Con lo cual se quiere decir que por medio de una sentencia de condena se obliga a la administración a ejecutar la actividad que por su propia voluntad no ha realizado. Su efectividad dependerá tanto de un sistema ordenado y fortalecido de medios sancionatorios que le confieran a los jueces de lo contencioso administrativo para hacer ejecutar lo juzgado, como de un complejo sistema de medidas cautelares que permitan a la justicia contencioso administrativa hacer cesar el daño hasta que la administración efectivamente actúe.

Es por esto que se requiere pasar de las sentencias con un carácter declarativo, que contienen un reconocimiento de un derecho, hacia las de condena donde se obligue a la administración a realizar lo que no ha hecho, sumado a la presencia de medidas cautelares efectivas no restringidas a la suspensión de actos administrativos, como efectivamente sucede en el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 330,<sup>200</sup> en lo que atañe al proceso contencioso administrativo.

Conforme dichas modalidades, vale mencionar que en Alemania la intervención se realiza por medio de una medida provisional denominada *einstweilige Anordnung* que obliga a actuar eliminando el perjuicio causado aunque no exista una sentencia, pues los alemanes no necesitan esperar por una sentencia definitiva para actuar.<sup>201</sup>

La medida provisional puede dictarse mientras se ventila el recurso, de tal manera que “los Tribunales alemanes ciertamente no administran; pero, en el ejercicio de su control, no están obligados a permanecer impasibles ante los perjuicios e ilegalidades producidos por la inactividad de la administración”,<sup>202</sup> sin embargo, esa intervención judicial directa, aunque provisional, evita los daños de la inactividad material; pero, la pretensión ha de ir encaminada a la imposición o condena a la administración para dictar un determinado acto en el que se indica el sí y no el cómo.

Por otro lado, en el derecho anglosajón, los tribunales angloamericanos manejan la figura del *writ of mandamus* que refiere a una orden que va más allá de una condena. Este mecanismo es similar al manejado en los Estados Unidos conocido como *writ of injunction* el cual implica una orden judicial, que obliga a los funcionarios a realizar una acción. El efecto de no cumplir con esa orden se considera como una falta de respeto al

---

<sup>200</sup> “A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida” (Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, art. 330).

<sup>201</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 50.

<sup>202</sup> *Ibid.*

Tribunal, conocido como *contempt of Court*, que tiene como sanción multas u orden de cárcel para quien la incumpla.<sup>203</sup>

Para estos países, “la trascendencia del control jurisdiccional de los actos —y también de la inactividad— de la administración, representa la máxima expresión de la sujeción del estado a las reglas de la democracia moderna”;<sup>204</sup> es decir, su intervención se justifica en razón del principio que menciona que la potestad jurisdiccional contempla la obligación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo esta exclusiva de los juzgados y tribunales encargados de administrar justicia.

Además de determinar la fuerza con la que ha de intervenir el poder judicial respecto a la inactividad, otro embrollo que debe desentrañarse es el que refiere a la legitimación para recurrir, en virtud de que para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa está habilitado únicamente quien ostenta un derecho subjetivo o por lo menos un interés legítimo, es decir, queda por fuera un control de oficio por parte de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y aquellos tipos de acciones populares o vecinales, pues no cualquier ciudadano está en la condición judicial de recurrir con una pretensión de control.

Lo que significa que “los Tribunales deben contemplar impasibles la inactividad de la Administración, sea material o formal, mientras una parte se dirija a ellos solicitando su intervención”;<sup>205</sup> con lo que la jurisdicción contencioso administrativa deja de cumplir su fin primordial que es defender de la legalidad, quedando tan alta misión en manos de particulares.

Por tal motivo, el profesor Alejandro Nieto sugiere como caminos respecto a la ampliación de la legitimación para acceder a una verdadera tutela judicial efectiva, el primero, equiparar tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos a fin de crear una categoría denominada derechos reaccionales; por otro lado, ampliar el concepto de interés o, por último, prescindir del requisito legitimador cuando el impugnante haya sido legitimado en vía administrativa o porque el acto impugnado adolece de vicios denominados de orden público.<sup>206</sup>

Con esto determinado, vale la pena recurrir a la legislación comparada para verificar cómo se realiza el tratamiento de la figura de la inactividad material en sede

---

<sup>203</sup> *Ibid.*, 53.

<sup>204</sup> Alina del Carmen Nettel Barrera, “La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los estados democráticos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/4.pdf>, 16.

<sup>205</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 32.

<sup>206</sup> *Ibid.*, 35.

jurisdiccional, para este análisis se tomará en cuenta en primer lugar la legislación española y luego la costarricense.

En España, la legislación ha previsto en el artículo 29 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mecanismos específicos para dos supuestos de inactividad; en el numeral 1 hace referencia a aquellas prestaciones que está obligada la administración sea en virtud de una norma, acto, contrato o convenio administrativo. En este caso se exige que la obligación sea clara, concreta y determinada, es decir, no debe existir lugar a discrecionalidad por parte de la administración, o como lo denomina la ley que no precisen de actos de aplicación,<sup>207</sup> sino una prestación que ya esté especificada en modo y temporalidad a favor de una o varias personas. En el numeral 2 del mencionado artículo se refiere a la inactividad respecto a la ejecución de actos firmes dictados por la administración.

En ambos supuestos, la ley española prevé como requerimiento, antes a acceder al recurso contencioso administrativo contra la inactividad, la existencia de una reclamación o solicitud previa ante la administración incumplida. Su función únicamente es formalizar y concretar el recurso mas no hace cambiar su objeto, que siempre será la inactividad.

En otras palabras, por más que se dé la presencia de una reclamación previa, la no contestación de la administración o su persistencia en no actuar no lo transforma en una inactividad formal o un recurso contra un acto presunto, sino que el objeto seguirá siendo la inactividad material.<sup>208</sup>

Para tal efecto, respecto a la solicitud de ejecución de una obligación concreta, el artículo 29.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España prevé que si luego de tres meses de la reclamación continúa la inactividad se habilita la vía del recurso contencioso administrativo.<sup>209</sup> Es decir, el tiempo que se concede para que la administración realice por sí misma la actuación tiene como finalidad “evitar que [...] se vea envuelta en un proceso judicial sin haber tenido posibilidad de eludirlo a través del conocimiento anticipado de la pretensión”.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> España, *Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>, art. 29.

<sup>208</sup> Juan Luis Beltrán Aguirre, “La inactividad de las administraciones públicas de Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano”, *Revista Jurídica de Navarra* n.º 49 (2010): 11-46, 25.

<sup>209</sup> España, *Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>, art. 29.

<sup>210</sup> Beltrán Aguirre, “La inactividad de las administraciones públicas de Navarra, 26.

En ese mismo orden de ideas, para el supuesto de la inejecución de actos firmes, indicado en el artículo 29.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, se prevé la realización de un procedimiento abreviado,<sup>211</sup> considerando como requisitos de procedencia del recurso contra la inactividad de la administración pública, los siguientes: 1) el acto debe ser firme y no solo definitivo, 2) el acto debe contener una obligación susceptible de ser ejecutada, y 3) debe haberse ejercitado la petición preliminar, sin que se haya ejecutado el acto en el plazo de un mes.<sup>212</sup>

Respecto al grado de sustitución que tienen los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en España no se les permite que suplan la voluntad de la administración en los siguientes casos: a) cuando la toma de decisiones por parte de la administración pública permita un margen de discrecionalidad, b) cuando se deba reducir a mandatos específicos aquellas obligaciones que han sido determinadas de modo genérico, y c) cuando se tenga que establecer obligaciones de creación de servicios. Es por ese motivo que “la Ley [española, en casos de inactividad] se refiere siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción [siendo la sentencia de condena limitada a] ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los términos que estén establecidas”;<sup>213</sup> dicho de otro modo “el recurso Contencioso-Administrativo por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas”.<sup>214</sup>

En conclusión, en la legislación española el recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la administración pública permite una intervención no sustitutoria de los jueces contencioso administrativos, limitándose a situaciones establecidas de modo concreto en la ley o en otro instrumento que obligue a la administración.

A pesar de lo dicho anteriormente, respecto a temas vecinales, en España se permite que el ciudadano supla a la administración omisa a nivel local, contemplado en el artículo 68 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, que menciona:

1. Las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

---

<sup>211</sup> España, *Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>, art. 29.

<sup>212</sup> Beltrán Aguirre, “La inactividad de las administraciones públicas de Navarra”, 41.

<sup>213</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>214</sup> *Ibid.*

2. *Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada.* Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles.

3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, *los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.*

4. De prosperar la acción, *el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.*<sup>215</sup>

Este artículo regula la acción vecinal pública sustitutoria en defensa de los bienes y derechos de los entes locales. Se habilita con un requerimiento previo a la entidad para que ejerza las acciones que se consideren pertinentes, pero si en un término de 30 días no las ejecuta, el ciudadano las puede realizar en lugar del ente local, con un reembolso de los gastos incurridos y una indemnización. Se trata de una “sustitución procesal, en virtud de la cual los vecinos [...] pueden hacer valer las pretensiones que podría hacer valer la propia entidad local”.<sup>216</sup> Es decir, en este caso el legitimado es cualquier vecino que se encuentre en ejercicio de sus derechos civiles y políticos, con independencia de que el acto o acuerdo lo afecte o no directamente.

Continuando con el análisis del recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la administración pública, respecto a la legitimación, el artículo 19 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española se señala como legitimados, para el caso específico, los siguientes: “a) las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo; b) las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos [...] habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos; c) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes”.<sup>217</sup>

En ese sentido, respecto a la legitimación, la legislación española es muy laxa cuando faculta las acciones pública y vecinal. “La acción pública habilita a cualquier persona a exigir a la Administración, tanto en sede administrativa como judicial, la observancia de la legalidad y su restauración cuando ha sido infringida, ello sin

---

<sup>215</sup> España, *Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Boletín Oficial 80, 23 de abril de 1985, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>, art. 68. Énfasis añadido.

<sup>216</sup> Beltrán Aguirre, “La inactividad de las administraciones públicas de Navarra”, 30.

<sup>217</sup> España, *Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>, art. 19.

necesidad [de] acreditación de un interés legítimo”,<sup>218</sup> lo que quiere decir que se actúa en defensa de la legalidad más allá de un interés propio.

Por otro lado, vale destacar que en la legislación española no se establece en la ley un recurso contra la inactividad reglamentaria, sin embargo, con el transcurso del tiempo, la jurisprudencia española ha ido admitiéndolo por efecto de que se ha ido eliminando la tendencia a asociar al reglamento como un acto político. Entonces, siendo un acto de la administración debe someterse a un control judicial; este supuesto ha sido reconocido en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de junio de 2004 (RJ4989) donde se indica que si bien no se puede establecer un contenido al reglamento, es decir, no se permite una intervención sustitutoria, si se puede obligar a la administración a dictarlo, en el caso de que expresamente se encuentre prevista dicha obligación en ley.<sup>219</sup>

Por este motivo, para el caso de la inactividad reglamentaria se sigue exigiéndolo por el antiguo mecanismo de la convertibilidad de la inactividad material en una formal, esto es, solicitando a la administración el dictado del reglamento y, una vez que se ha producido el silencio administrativo, recurrir al acto denegatorio.<sup>220</sup>

Continuando con el análisis comparativo respecto al tratamiento del recurso contra la inactividad de la administración pública, vale destacar que en la legislación de Costa Rica, la impugnación a las omisiones de la administración pública se encuentra establecida en el artículo 35 del Código Procesal Contencioso Administrativo, indicando dos situaciones: la primera, que el ciudadano acuda con su reclamo ante la administración pasiva y requiera la actuación debida para lo cual se le concede un plazo de quince días para que realice la conducta que ha dejado de hacer, caso contrario se habilita la vía del recurso contencioso administrativo. La segunda, es la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa y en esta instancia se le concede a la entidad inactiva el término de quince días a fin de que cumpla lo requerido, con suspensión del proceso; si cumple, el proceso termina, caso contrario se continúa hasta emitir sentencia condenatoria.<sup>221</sup>

Las pretensiones con las que puede acudir el ciudadano son en *numerus apertus*, pudiendo proponer más de una sin caer en una indebida acumulación de

---

<sup>218</sup> Beltrán Aguirre, “La inactividad de las administraciones públicas de Navarra”, 18.

<sup>219</sup> *Ibid.*, 45.

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> Costa Rica, *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Gaceta 120 alcance 38, de 22 de junio de 2006, <https://www.imprentanacional.go.cr>, art 35.

pretensiones, pues el artículo 43.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo costarricense indica que “el demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso”,<sup>222</sup> entre las que se destacan con relevancia en el tema de la inactividad del estado, las señaladas en los literales g), i) del numeral 2 del artículo 43 del referido código, que señala:

- 2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:  
[...] g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico  
[...] i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.<sup>223</sup>

Con dichas pretensiones se cubre tanto la inactividad material positiva como negativa y se obliga a la administración, según sea el caso, a abstenerse de actuar o de ejecutar una actividad debida.

En cuanto a la legitimación, el artículo 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo costarricense es muy amplio, pues extiende la tutela judicial hacia los intereses colectivos, sean corporativos o difusos, tanto a personas naturales como jurídicas; y queda abierta la posibilidad de plantear acción popular en casos determinados en la ley, específicamente a casos relacionados con materia ambiental o vecinal.

Presentada la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 118 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, el juez está en la obligación de valorar los hechos y determinar si se requiere dar un plazo de 5 días para que la administración omisa se pronuncie. De hacerlo en forma positiva y aceptar enmendar su conducta, el proceso termina con sentencia que acoge las pretensiones del actor sin condena en costas; caso contrario, esto es, de no pronunciarse o hacerlo en sentido negativo, el proceso continúa su marcha.<sup>224</sup>

Acorde con las pretensiones propuestas, las sentencias pueden ser condenatorias y contener pronunciamientos que en el caso de la inactividad material, conforme con el artículo 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, pueden versar sobre:

---

<sup>222</sup> Ibid.

<sup>223</sup> Ibid., 42.

<sup>224</sup> Costa Rica, *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Gaceta 120 alcance 38, de 22 de junio de 2006, <https://www.imprentanacional.go.cr>, art 118.

g) Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

[...] j) Ordenar a la Administración Pública que se abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

[...] l) Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima.<sup>225</sup>

La sentencia condenatoria debe ser cumplida en los términos en que esté determinada, pudiendo el juez requerir la colaboración de autoridades o agentes de la entidad omisa o de otros entes, con amplias potestades conferidas al cuerpo de jueces ejecutores, conforme con el artículo 156 del Código Procesal Contencioso Administrativo de ese país, entre las que se encuentran multas a los servidores públicos que no las acaten, embargo de bienes públicos, determinadas en los artículos 159 y 169, respectivamente.

### **1.2.2. Necesidad de recurso especial en nuestra legislación**

De la revisión teórica que hasta el momento se ha realizado, sumado al conocimiento recabado respecto al tratamiento que recibe la inactividad de la administración en legislación comparada, se verifica que nuestra normativa se ha quedado corta en cuanto a su regulación, quizás por falta de impulso político o por el aletargamiento judicial para cimentar el camino de su revisión judicial a través de jurisprudencia.

El primer paso, que es darle competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer de temas relacionados con la inactividad administrativa, se encuentra establecido en el artículo 217 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial. Esto significa un gran avance del sistema respecto a abrirse al juzgamiento universal de la función administrativa. Complementado con el correcto y amplio enunciado del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, que devuelve a la jurisdicción Contencioso Administrativa su verdadero objeto, es decir, ser garante de la legalidad; y llegar a su finalidad clara de revisar la conducta activa o pasiva de la administración ajustada a derecho para brindar garantía a los derechos del ciudadano.

De esta manera, considero que la presencia de un mecanismo especial para hacer frente a la pasividad indolente de la administración pública es necesaria. Por un lado,

---

<sup>225</sup> *Ibíd.*, art. 122.

porque en nuestro medio, la administración no encuentra ninguna presión ante las demandas ciudadanas por una actividad de su parte; y por otro, porque dado el carácter revisor de la justicia contencioso administrativa, que verifica el acto, se requeriría de técnicas de convertibilidad de la inactividad material a una formal por medio del silencio administrativo, con el agravante de que según el tipo de inactividad no en todos los casos esta sería posible.

Para dar solución a ello, se podría incrementar dentro de las acciones establecidas en el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos una especial contra la inactividad de la administración pública. Dicho sea de paso, y conforme lo que antes se ha estudiado, concuerdo en que lo correcto a establecerse en la legislación debe ser una acción mas no un recurso, pues denominarlo como este último haría suponer que se trata de una segunda instancia que requeriría el agotamiento previo de la vía administrativa, cuando en realidad lo que se pretende es un primer acceso ante la administración de justicia, con la pretensión de condenar a la administración a aquella obligación clara y determinada que le ha previsto la ley o la Constitución.

Sin embargo, nos falta por recorrer un largo trecho para normarla, puesto que como se ha visto, la mayoría de los supuestos de inactividad ocurren en el ambiente urbano, por lo que con el concepto de legitimación actual, restringido a que quien acuda con su demanda sea aquel que posea un interés legítimo o un derecho subjetivo, deja por fuera la defensa de derechos colectivos o difusos. Además, atado al objeto de la acción contra la inactividad de la administración pública, viene el tipo de sentencia que ha de dictarse, esto es una de condena; lo que implica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no ha de dictar solo sentencias declarativas que contengan la existencia de un derecho, la nulidad de un acto administrativo o normativo, o el pago de una indemnización. Sumado a que debe dotársele de un mayor bagaje de potestades correctivas y sancionatorias para hacer cumplir lo dictado en la sentencia. Esto porque si la sentencia emitida queda como un mero enunciado o como la muestra de haber vencido en juicio, ello implicaría tener que iniciar otro para su ejecución, dando como resultado el que no se ha logrado realmente cumplir con la tutela judicial efectiva.

Asimismo, saliendo del dogma revisor, debe ampliarse en cláusula abierta las medidas cautelares y no centralizadas en la suspensión del acto, sino fomentar un activismo del juez para que con razonabilidad escoja aquella que mejor convenga al interés público y que evite el perjuicio de un derecho.

Como bien indica el profesor Alejandro Nieto, lo principal para dar paso a regular la inactividad de la administración pública es conocer a fondo su tipología y así determinar en cada caso el grado de intervención que ha de tener el Tribunal Contencioso Administrativo en su decisión.<sup>226</sup> Considerando que lo que se busque por medio de la acción contra la inactividad de la administración pública debe ir más allá de recibir una indemnización, sino que su verdadero fin debe ser lograr que la administración actúe, en cumplimiento de sus fines y de las obligaciones que le han sido entregadas. En otras palabras, que la administración cumpla sus cometidos y que la jurisdicción contencioso administrativa garantice la legalidad de la función administrativa.

A pesar de la cual, es importante tener presente que aunque no exista un recurso directo contra la inactividad de la Administración Pública, el hecho gravoso que la inactividad administrativa cause al ciudadano debe ser reparado por el Estado, si bien no obligándose a prestar el servicio efectivamente, pero sí mediante la aplicación de medidas que lo suplan.

La responsabilidad estatal por omisión aparece “cuando la Administración Pública, debiendo ejercer las atribuciones, que le son propias, omite hacerlo y como consecuencia de ello, se produce o -coadyuva a que se produzca- un daño”.<sup>227</sup> Lo que quiere decir, que dicha afectación al ciudadano es causa directa de la omisión por cuanto “no se hubiera producido el daño de haber sido ejecutado aquello a que el Estado estaba obligado a hacer”.<sup>228</sup>

Con esto dicho, cabe indicar que como requisitos para que se pueda reclamar una reparación se debe verificar: 1. La existencia de un daño cierto, es decir, no debe ser supuesto o futuro, 2. Posibilidad de imputar el hecho o daño al Estado (por su actuación o su pasividad), 3. Relación de causalidad entre el hecho gravoso y el daño, 4. Presencia de un factor de atribución; y, para los casos de inactividad 5. Existencia de una omisión antijurídica.<sup>229</sup> Esta última suele ser la más difícil de probar por cuanto no siempre es la causa exclusiva del daño, sino que al tratarse de una pasividad, viene acompañada de otros factores que generan el daño; de este modo, “la omisión será causa del daño cuando un juicio de probabilidades indique que esa abstención influyó como concausa

---

<sup>226</sup> Nieto, “La inactividad material de la Administración”, 64.

<sup>227</sup> Lara Natasha Bogut Salcedo, *La responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilegítima. Con especial referencia a la responsabilidad del Estado por omisión* (Río Cuarto: Abogacía, 2012), 42.

<sup>228</sup> *Ibíd.*

<sup>229</sup> *Ibíd.*

del daño, partiendo de la idea que la acción omitida hubiera bastado para la evitación de daño”.<sup>230</sup>

La responsabilidad del Estado es, por tanto, directa por cuanto es producto de una actuación u omisión de funcionarios públicos; y, objetiva porque el agravio surge de la falta o falla en el servicio, siendo irrelevante la presencia de culpa o dolo. Tiene como eximentes al caso fortuito, fuerza mayor, el riesgo al que se ha expuesto la propia víctima del daño, y la actuación de terceros. En ese sentido, el profesor Perrino indica que debe hacerse un juicio de razonabilidad para atribuir responsabilidad al Estado por lo que se debe ver lo que “era razonablemente esperable [respecto de] la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, [...] conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas”;<sup>231</sup> además, si la actividad omitida era materialmente posible.

Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa, porque, de lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios.<sup>232</sup>

La obligación del Estado de responder por cualquier daño respecto a la falta o falla en el servicio por causa de actos u omisiones de sus funcionarios se encuentra establecida en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador. Ahí se contiene, además, la obligatoriedad de reparación por el perjuicio causado, dejando libre la vía estatal para recuperar las indemnizaciones erogadas, por medio de la acción de repetición.

### 1.2.3. Medidas cautelares

La lentitud del sistema procesal administrativo se ha considerado como “una de las lacras de la justicia, [que] hasta se ha pensado que es consustancial al proceso”,<sup>233</sup> de ello que debe “arbitrarse un medio para evitar los perjuicios que se derivan de la lentitud de la resolución”,<sup>234</sup> considerando que los daños por dicha demora pueden aparecer

---

<sup>230</sup> *Ibid.*43.

<sup>231</sup> Pablo Perrino, “La responsabilidad del estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, *Revista de Derecho*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4435408>, 2013, 59

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> Jesús González Pérez, “La justicia administrativa”, *Universidad Autónoma de México*, <https://archivos.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/11.pdf>, accedido 24 de junio de 2019, 260.

<sup>234</sup> Nieto, “La inactividad de la Administración”, 122.

tanto en el presente como en el futuro, por la variación que en el tiempo sufrirían las circunstancias de hecho demandadas.

Respecto a la inactividad material de la administración pública, por la urgencia y gravedad de ciertas circunstancias fácticas derivadas de la pasividad administrativa, se requiere proveer salidas legales que permitan “paliar las consecuencias de la lentitud y tratar de evitar que cuando llegue la solución del litigio ya carezca de sentido el fallo”.<sup>235</sup> Estas salidas son las medidas cautelares, que ayudan a garantizar los efectos de la sentencia o, dicho de otro modo, favorecen a la tutela judicial efectiva, derecho de contenido constitucional del cual es parte la tutela cautelar.

Las medidas cautelares tienen un origen de reciente data, de fines del siglo XX, denominadas también medidas precautorias, preventivas, provisionales o simplemente cautelas.<sup>236</sup> Son definidas por el profesor Josune Pérez como “un instrumento procesal que adopta un juez o tribunal, a instancia de parte o de oficio, para asegurar que la tutela judicial, que se otorgue en una sentencia estimatoria, sea efectiva”.<sup>237</sup>

Por su parte, el tratadista Calamandrei indica que se trata de una medida de “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”,<sup>238</sup> y, finalmente, Benjamín Marcheco indica que se trata de “un acto procesal del órgano jurisdiccional que constituye una decisión [...] valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su adopción, requerida como reacción inmediata y provisional, tendente a superar el peligro de la pérdida o menoscabo de pruebas, bienes o derechos”.<sup>239</sup>

Con las definiciones antes expuestas se puede colegir que las medidas cautelares son actos jurídicos dictados por los jueces y tribunales en ejercicio de su potestad de control judicial, luego de una evaluación respecto a la apariencia del derecho y del inminente daño que pudiera ocurrir por la demora en la resolución del juicio, no siendo esta una decisión anticipada de la causa.

---

<sup>235</sup> González Pérez, “La justicia administrativa”, 260.

<sup>236</sup> Marcheco Acuña, “La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador”, *Revista de Derecho (Valdivia)* n.º 1 (2017): 263-285, [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502017000100011](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000100011), 266.

<sup>237</sup> Josune Pérez Estrada, “La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso”, *Revista Vasca de administración pública* n.º 9 (2014): 2359-2381, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4949634>, 2363.

<sup>238</sup> Marcheco Acuña, “La tutela cautelar”, 271.

<sup>239</sup> *Ibid.*

De esto que los elementos que se deben analizar para su concesión sean: *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, la vigencia de un interés general, y según la legislación, la prestación de una caución.<sup>240</sup>

El *periculum in mora* ha sido considerado como el objeto mismo de la medida cautelar, en razón de que pretende “la prevención del riesgo de frustración de la sentencia”<sup>241</sup> por el tiempo que puede durar el curso del proceso. Sin embargo, la doctrina menciona que no basta alegar la existencia de una amenaza de sufrir un daño, sino que debe darse la presencia de un peligro inminente, siendo de tal manera la medida cautelar el único medio para garantizar la vigencia de un derecho. Es decir, se debe verificar como condiciones la urgencia y la necesidad, ligadas al análisis de la irreparabilidad del daño que puede ocasionar la no intervención en tiempo.<sup>242</sup>

El *fumus boni iuris* implica la probabilidad real de la existencia del derecho alegado por el actor. Para probar su presencia no es necesario discutir sobre el fondo o tener un conocimiento amplio respecto al tema debatido, sino que basta entenderlo de modo superficial, de tal manera que dé cuenta de la apariencia de buen derecho o una mera verosimilitud, deducida de los hechos puestos ante el juzgador.<sup>243</sup>

La caución se erige en algunos países como un requisito para la operatividad de la medida cautelar. Su principal función es fungir de fianza en caso de que a lo largo del proceso se determine que el derecho, que en un inicio parecía verosímil, no existe. Es decir, se trata de una suerte de garantía que indemniza el eventual perjuicio que pudiera causarse por la concesión injusta de la medida. La caución siempre ha de ser razonable y proporcional, puesto que no puede constituirse en una barrera para el acceso a las medidas cautelares.<sup>244</sup>

Por ser dictadas en atención a la urgencia y la necesidad, se determina que los caracteres que deben poseer son: 1) ser provisionales o temporales, 2) de trámite sumario, 3) ser instrumentales, 3) ser sustituibles o fungibles y 4) funcionales.<sup>245</sup>

En el sistema español se prevén dos tipos de medidas cautelares: las comunes, que versan sobre la suspensión del acto administrativo o normativo; y, las especiales, respecto a la inactividad administrativa y vías de hecho, determinadas en los artículos

---

<sup>240</sup> *Ibid.*, 272.

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Ibid.*, 273.

<sup>244</sup> *Ibid.*, 275.

<sup>245</sup> *Ibid.*, 271-2.

129 y 136 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respectivamente.<sup>246</sup>

Las medidas del régimen especial pueden ser solicitadas incluso antes de la interposición del recurso, pero su vigencia queda condicionada a su formalización. Lo que quiere decir que, de conformidad con el artículo 136 de la mencionada ley, luego de 10 días de ser adoptadas las medidas cautelares, se debe interponer el recurso para ratificarlas, caso contrario quedan sin efecto. Se permite la adopción de medidas de cláusula abierta, esto es, aquellas que el juzgador estime suficientes para garantizar la eficacia de la sentencia.

Situación similar ofrece el derecho costarricense, en razón de que habilita la concesión de medidas cautelares *ante causam, lite pendente* o en fase de ejecución.<sup>247</sup> En otras palabras, las medidas cautelares pueden ser solicitadas cuando se estime conveniente por parte del actor, pudiendo ser positivas, anticipatorias, innovativas o conservativas, de conformidad con el artículo 20 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica. De igual modo, se las establece en *numerus apertus* a fin de que sea el juez quien decida sobre aquellas que sean adecuadas para garantizar el objeto final del proceso, de acuerdo con el artículo 19 del antes indicado cuerpo normativo, previa a una ponderación o valoración, con la posibilidad, según el caso, de exigir una contracautela.

En el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, las medidas cautelares provienen del modelo “francés del *excés de pouvoir*, [que] se fundamenta en la exacerbación del privilegio de autotutela ejecutiva de la Administración pública, [producto de lo cual el] régimen cautelar [se basa] únicamente en la técnica de suspensión del acto administrativo con carácter restrictivo”,<sup>248</sup> sin embargo, a decir del profesor Marcheco, al proceso contencioso le serían aplicables además las indicadas en el título III de providencias preventivas del Código Orgánico General de Procesos, por el hecho de encontrarse previstas en la parte general, es decir, en las normas atribuibles a todos los procesos, siendo estas: retención, secuestro, prohibición de enajenar y arraigo.

---

<sup>246</sup> Pérez Estrada, “La importancia de las medidas cautelares”, 2363.

<sup>247</sup> Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica”, <http://www.ernestojinesta.com/>, accedido 25 de junio de 2019, [http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/PROCESO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO%20EN%20COSTA%20RICA.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/PROCESO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO%20EN%20COSTA%20RICA.PDF), 6.

<sup>248</sup> Marcheco Acuña, “La tutela cautelar”, 265.

En este orden de ideas, vale destacar que el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos es el único que deja abierta la posibilidad de control de legalidad amplio, en sentido universal y plenario, porque el resto del articulado se centraliza en el acto administrativo. En este sentido, concuerdo con el profesor Marcheco que indica, como conclusión, que Ecuador mantiene en su normativa procesal contencioso administrativa “tintes clásicos de la función revisora propia del modelo francés tradicional que [le] sirvió de inspiración [...] y cuya característica distintiva es la articulación de un proceso que gravita alrededor del acto administrativo”,<sup>249</sup> quedando de tal manera las medidas cautelares ligadas únicamente a esa figura.

La medida cautelar de suspensión del acto administrativo se encuentra establecida en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, y de su lectura se determina que para su procedencia se requiere de tres condiciones: 1) la presencia de la apariencia de buen derecho, pues indica que de los hechos alegados en la demanda debe aparecer que es necesario iniciar un juicio abreviado, 2) existencia del *periculum in mora*, pues el retardo de la decisión debe evidenciar que de no actuarse con urgencia se afectaría los derechos de quien la solicita, y 3) la demostración de razonabilidad de la medida, esto es, una valoración respecto a si debe establecerse o no, es decir, una ponderación entre la medida solicitada y el interés general.

Se entendería que no basta alegar una posible afectación del derecho, sino que se debe fijar una presunción fiable de que los daños, con la indicación de su gravedad, pueden ser irreversibles, en tal magnitud que se quebrante la ejecutividad del acto administrativo. En el proceso contencioso administrativo ecuatoriano no se encuentra prevista como exigencia para la concesión de medidas cautelares la prestación de una caución, con lo cual, a decir de la doctrina, a la misma vez que significa una mayor apertura a la solicitud de medidas cautelares, constituye un riesgo de que al llegar al final del proceso se determine que el derecho posiblemente vulnerado no existe.<sup>250</sup> Sin embargo, se nota una gran diferencia respecto a la medida cautelar de suspensión del acto en materia tributaria, que exige una caución del 10% de la obligación para que sea conferida, como lo indica el artículo 324 del Código Orgánico General de Procesos.

En contraste con la única medida cautelar establecida de modo expreso para el proceso contencioso administrativo, es decir, la suspensión del acto administrativo, vale destacar su disparidad en cuanto al manejo procesal respecto a las medidas cautelares

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, 280.

<sup>250</sup> *Ibid.*, 282.

establecidas en materia constitucional, por ejemplo, pues según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estas proceden cuando “ el juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho”,<sup>251</sup> pudiendo para esto adoptar aquellas que se consideren “adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener”,<sup>252</sup> entre las que se pueden encontrar: “la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos”,<sup>253</sup> con lo que se puede colegir que en materia constitucional obtener una medida cautelar es más flexible y que, basadas en la amenaza de modo inminente y grave de violación de un derecho, facultan al juez a dictar medidas amplias que permitan hacer cesar o prevenir el daño de un derecho.

En cualquier caso, según la doctrina, las medidas cautelares deben ser flexibles “en el cuándo, en el cómo y en el porqué de [su] adopción”,<sup>254</sup> siendo interpretadas de la siguiente manera:

Flexibilidad en el sentido de que deben adoptarse *todas* las medidas cautelares posibles y no solo la suspensión; flexibilidad en el sentido de que puedan adoptarse tanto antes como después de la interposición del recurso administrativo o judicial; y flexibilidad, por último, en cuanto a los criterios que en cada caso concreto pueden y deben emplear los órganos judiciales para otorgar o denegar la tutela cautelar solicitada.<sup>255</sup>

En otras palabras, la medida cautelar debe ser razonable y coherente con la existencia de una situación inminente y grave que violente un derecho del ciudadano, sin ninguna otra condicionante para otorgarla; en este sentido, solo se puede precautelar un derecho con una medida que mejor se ajuste a salvaguardarlo, y evidentemente que en los casos en los que la administración no ha actuado, mal se podría proteger un derecho con la suspensión de un acto administrativo, que vale decir, no existe.

Con estas consideraciones, se torna necesario ampliar la gama de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, hacia aquellas de cláusula abierta, debido a que en los casos de inactividad material la medida más óptima para proteger el derecho del ciudadano rebasa la esfera de la mera suspensión del acto administrativo. Además, las mismas deberían tener flexibilidad en cuanto a su

---

<sup>251</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 26.

<sup>252</sup> *Ibid.*, art. 27.

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> Marcheco Acuña, “La tutela cautelar”, 267.

<sup>255</sup> *Ibid.*

proposición, si lo que se pretende es la real protección a la legalidad por una eventual inacción administrativa, pues actualmente el único momento procesal oportuno para solicitarlas es con la presentación de la demanda.

## **2. Nueva concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa: hacia una justicia universal**

Siendo la justicia administrativa aquella “pieza central del orden democrático sustantivo”<sup>256</sup> es necesario que sea concebida de modo amplio, o lo que es lo mismo, en sentido universal y plenario. Esto quiere decir que es misión de la jurisdicción contencioso administrativa el control de la función administrativa acorde con el ordenamiento jurídico, tanto en omisiones como en acciones, regladas o discrecionales, es decir, se requiere “evitar, a toda costa, la existencia de reductos de la conducta administrativa inmunes al control de legalidad”,<sup>257</sup> lo que debe incluir también un control de actos de gobierno, a fin de que los mismos sean ejecutados con arreglo a la normativa vigente en el sentido que mejor favorezca los derechos de los ciudadanos.

El avance hacia una justicia universal se vuelve trascendental en razón de que solo por medio de un control de ese tipo se permite la vigencia plena de derechos como la tutela judicial efectiva y la buena administración, consagrados de modo expreso en la Constitución de la República en el artículo 75; y, 31 del Código Orgánico Administrativo, respectivamente.

Este principio de control universal y plenario debe regir de modo independiente a la organización administrativa, modelo de Estado o de justicia administrativa, pues tiene que ir ligado a la real efectividad de los derechos humanos. Por este motivo, “la justicia administrativa que se diseñe en el plano nacional no puede ser la tradicional, concebida a la luz del modelo francés, sea la eminentemente revisora o de anulación de un acto administrativo, con las pretensiones clásicas de mera anulación y de plena jurisdicción”,<sup>258</sup> pues no se lograría cubrir la función administrativa, que se compone no

---

<sup>256</sup> Ernesto Jinesta Lobo, “Principio General de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa”, [www.ernestojinesta.com](http://www.ernestojinesta.com/), accedido 6 de julio de 2019, [http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/PRINCIPIO%20GENERAL%20DE%20LA%20JUSTICIA%20BILIDAD%20PLENARIA%20Y%20UNIVERSAL%20DE%20LA%20CONDUCTA%20ADMINISTRATIVA.DOC](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/PRINCIPIO%20GENERAL%20DE%20LA%20JUSTICIA%20BILIDAD%20PLENARIA%20Y%20UNIVERSAL%20DE%20LA%20CONDUCTA%20ADMINISTRATIVA.DOC), 3.

<sup>257</sup> *Ibid.*, 1.

<sup>258</sup> *Ibid.*, 12.

solo de actividad formal expresada en actos administrativos emanados luego de un procedimiento administrativo, sino que incluye omisiones y actuaciones, tanto materiales como formales.

El paso hacia un Estado constitucional, social y democrático exige el cambio desde una prohibición de exceso hacia una prohibición de defecto, denominación usada por el profesor Ernesto Jinesta.<sup>259</sup> En otras palabras, la concepción de un Estado policía, únicamente encargado de garantizar la vigencia de los derechos de libertad, lleva consigo una mentalidad inclinada a la revisión al acto.

En cambio, en un Estado democrático, adicional a los derechos de libertad, se le ha entregado normativamente el cumplimiento de obligaciones con un carácter prestacional, que incluye derechos sociales, económicos y culturales, los cuales le imponen una conducta más activa a través de la prestación de una serie de servicios; esto es, asumen la garantía del cumplimiento de obligaciones positivas o negativas en favor de la colectividad. Se amplía por tanto, en este último caso, las formas de manifestación de la función administrativa que ya no solo serán actuaciones formales a través de actos administrativos, sino que también serán actuaciones u omisiones de carácter formal o material, que también deben pasar por un control de legalidad.

Para el profesor Ernesto Jinesta,<sup>260</sup> la justicia administrativa plenaria y universal se resumiría en flexibilidad, celeridad y garantía de derechos, esto porque señala que una verdadera justicia administrativa debería representar:

1. Eliminación de plazos cortos de acceso a la justicia administrativa, de caducidad y prescripción.
2. Superar la presencia formal del acto administrativo.
3. Ampliación de capacidad procesal y legitimación ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pudiendo invocarse defensa de intereses difusos y colectivos.
4. Desarrollo amplio de medidas cautelares y pretensiones abiertas, que exigen mayor activismo judicial para determinar, luego de su análisis, la razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, idoneidad y urgencia de medidas establecidas en *numerus apertus*, sean estas inhibitorias, sustitutivas u ordenatorias.
5. Cambio en tipología de las sentencias, dejando las clásicas declarativas y constitutivas por las condenatorias, a fin de imponer a los poderes públicos obligaciones

---

<sup>259</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>260</sup> *Ibid.*, 18-24.

de dar, hacer, no hacer o mixtas, con los suficientes resguardos para garantizar su cumplimiento.

Tomando en consideración dichas características anunciadas el Tribunal Supremo de Justicia de Valencia, en España, dentro de la sentencia de 7 de marzo de 1997, se pronunció condenando al Ayuntamiento de dicha localidad por autorizar la apertura de establecimientos y no realizar un control del nivel de ruidos y vibraciones que ellos realizaban.<sup>261</sup>

Se determinó que el Ayuntamiento de Valencia incumplió con las obligaciones que la legislación en materia ambiental imponía a la administración pública, siendo que la protección al medio ambiente es una función administrativa que el referido Ayuntamiento debió controlar.<sup>262</sup>

La condena versó sobre la imposición de una obligación de hacer, consistente en la instalación de medidas de insonorización en viviendas, cobertura de daño moral por las molestias provocadas e indemnización de daños por el tiempo dilatado en que los afectados debieron soportar los ruidos. Se destaca también en este fallo la flexibilización de la legitimidad de actuación, dado que se trató de un caso de defensa de derechos difusos (ambientales) a través de una acción popular.<sup>263</sup>

Con lo cual se puede colegir que la justicia administrativa española ha acogido el principio de justiciabilidad plenaria y universal, tal como se ha visto en el fallo antes explicado, pues ha flexibilizado la intervención ante la jurisdicción contencioso administrativa con una pretensión de hacer para la administración pública, basada no en un acto administrativo sino en una omisión administrativa por no vigilar por el adecuado nivel de ruido y vibraciones, contemplada como una función administrativa vista desde el derecho ambiental.

## 2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al término tutela como “dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra”;<sup>264</sup> que sumada al término judicial implicaría la “protección efectuada por la autoridad

---

<sup>261</sup> Santiago González, “El ruido: la sentencia de TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n.º 276 (1998): 233-244, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=111434>., 233-4.

<sup>262</sup> *Ibid.*, 234.

<sup>263</sup> *Ibid.*, 237-8.

<sup>264</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001), 1526.

jurisdiccional”,<sup>265</sup> que se brinda como una prestación que hace efectivo el derecho a la jurisdicción y su desarrollo por medio de las garantías del debido proceso. En un sentido más amplio el profesor Fernando Martín Diz la define en los siguientes términos:

[...] derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional de configuración legal [que demanda] que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia.<sup>266</sup>

Como derecho fundamental se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el artículo 10.<sup>267</sup> En nuestra legislación, este derecho está indicado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, que menciona “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”,<sup>268</sup> lo cual da cuenta de que la tutela judicial efectiva corresponde como derecho a toda persona, sea natural o jurídica, en tres momentos: el acceso libre a la justicia; luego, el desarrollo del proceso, que se ha de realizar de modo imparcial, expedito, sin permitir indefensión; y, finalmente, la ejecución de la sentencia.<sup>269</sup>

La tutela judicial efectiva se mide por la eficiencia en el sistema de justicia, lo cual dependerá, por un lado, del empeño legislativo de establecer tribunales, determinar su competencia y fijar procedimientos ágiles; y, por otro lado, de la presencia de jueces especializados cuyas decisiones procuren la garantía de los derechos de los ciudadanos, cumplimiento de normas de debido proceso y garantías de ejecución de su sentencia dentro de plazos razonables.

El primer momento en el que se presenta la tutela judicial efectiva se trata del acceso a la jurisdicción para defender derechos en sede jurisdiccional de modo justo y razonado ante jueces independientes. Por esto, en esta etapa para resguardar el derecho

<sup>265</sup> Roberto Luis Romero Acuña, “Aspectos de tutela judicial efectiva tributaria” en *Revista de Derecho Público* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2008), 93-128, 98.

<sup>266</sup> Fernando Martín Diz, “El derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de derechos fundamentales* n.º 1 (2014): 161-176, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945876>, 169.

<sup>267</sup> “Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

<sup>268</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 75.

<sup>269</sup> Pablo Esteban Perrino, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa” en *Revista de Derecho Público* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2003), 257-294, 261

a la protección judicial se debería tender a “la eliminación de trabas que obstaculizan el acceso al proceso [...] impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y [...] asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción [mediante el] cumplimiento de las decisiones de los tribunales”.<sup>270</sup> Visto de este modo la tutela judicial efectiva se traduce en una “garantía de libre entrada a los tribunales para defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido recurso o acción concreto”,<sup>271</sup> pero, muchas veces este libre acceso se ha visto truncado por el carácter revisor del proceso contencioso administrativo, que lleva consigo la denominada regla de la decisión previa.

La concepción revisora considera que “el objeto del proceso contencioso administrativo [es] la impugnación de actos ilegítimos, cuando en verdad [...] el objeto de todo proceso y también del contencioso administrativo, es siempre una pretensión”,<sup>272</sup> de tal modo que la impugnación al acto se trata solo de una opción controvertida que se presenta ante juez, no siendo el contenido del acto el que fija la litis, sino las pretensiones planteadas en juicio. Este modo de ver el proceso contencioso administrativo hizo que la revisión de la actuación administrativa con base en el acto administrativo deje de lado casos en los cuales no existía un pronunciamiento formal de la administración, como las vías de hecho, hechos administrativos o, precisamente, sus omisiones, de ello que para su impugnación se ideó la figura de un reclamo previo en sede administrativa a fin de que la administración se pronuncie, expresa o tácitamente, con un acto impugnabile en sede judicial.<sup>273</sup>

Sin embargo, “la realidad demuestra que el derecho de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa sufre diversas e indebidas trabas derivadas, en algunos casos, de regulaciones inapropiadas y, otras veces, de interpretaciones judiciales desacertadas [...] todo lo cual contrasta con la facilidad con que cualquiera puede dirigirse al juez”.<sup>274</sup> Es decir, el acceso a la justicia administrativa se ve envuelto en una serie de formalismos que la truncan, siendo muchos de los requisitos exigidos

---

<sup>270</sup> Juan Carlos Cassagne, “Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva”, *IUS ET VERITAS* n.º 43 (2011): 43-165, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12058>, 153.

<sup>271</sup> Perrino, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, 262.

<sup>272</sup> *Ibid.*, 263.

<sup>273</sup> *Ibid.*, 164.

<sup>274</sup> *Ibid.*, 257.

ritualismos judiciales que han impedido la real defensa de la legalidad de la función administrativa.

Esta situación se puede verificar en el caso ecuatoriano con la regulación normativa y procesal de la inactividad de la administración pública, pues al no contar con una acción que habilite el acceso directo hacia la jurisdicción contencioso administrativa el derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de derechos conculcados por la pasividad estatal se ve mermada y supeditada a procedimientos quizás más largos, como la caduca y abandonada en el derecho comparado, vía de convertibilidad de la inactividad material en formal, a fin de poder impugnarla en sede judicial.

Más aun cuando el artículo 308 del Código Orgánico General de Procesos, establece entre los requisitos de la demanda, es decir, aquellos que van a ser evaluados por el juez para admitirla o no a trámite, el adjuntar “copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado”,<sup>275</sup> haciendo ver que el único medio de acceso a la justicia contencioso administrativa es un acto administrativo, olvidando que muchas veces la administración pública omite actuaciones que generan perjuicio en los derechos de los ciudadanos, pero que no pueden ser controlables por no expresarse formalmente.

El gran obstáculo de la falta de regulación normativa y los tiempos dilatados en la resolución de procesos, sumado a que en nuestro medio tratar que un problema se resuelva de modo satisfactorio en sede administrativa “es pretender sacar agua de un pozo seco, transformando el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado”,<sup>276</sup> hacen que el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema ecuatoriano en cuanto al acceso libre a la justicia administrativa no sea real; pues, no existe un mecanismo idóneo que permita impugnar la inactividad de la administración pública, sino que por el contrario fomenta la desigualdad de cargas procesales, dando mayores prerrogativas al poder público por medio de la autotutela a su actividad administrativa.

Otro problema respecto a la justicia contencioso administrativa se ve reflejada en la figura del agotamiento de la vía administrativa, que en Ecuador, desde la Ley de

---

<sup>275</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, art. 308.

<sup>276</sup> Cassagne, “Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva”, 162.

Modernización del Estado es facultativo. Se establecía en el artículo 38 de la mencionada ley que “no se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa”,<sup>277</sup> siendo de modo expreso la premisa de que no se debía necesariamente resolver el problema en sede administrativa para dar paso a una demanda judicial contra el Estado. Actualmente, a pesar de no estar explícitamente previsto, se entendería que no es obligatorio agotar la vía administrativa para el acceso judicial, pues se establece como opciones las dos vías, con la indicación de que “cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa”,<sup>278</sup> es decir, se debe escoger entre una u otra vía, no siendo obligatorio tomar primero la sede administrativa.

A primera vista se facilita el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, al momento que se exige la presencia de un acto administrativo como un requisito de admisibilidad de la demanda, implícitamente se está indicando que para el caso de la inactividad el agotamiento de la vía administrativa deja de ser preceptivo para convertirse en obligatorio a fin de obtener un acto que se pueda impugnar en sede judicial. Esta situación implica una “reduplicación del privilegio de la decisión previa”<sup>279</sup> y una carga procesal excesiva para el ciudadano, que si bien puede escoger impugnar la inactividad por vía judicial, aunque con un resultado infructuoso, debe acudir necesariamente a la administración con un reclamo en sede administrativa, para generar un acto impugnabile, por efecto de no encontrarse normado el trámite para dicha acción.

Lo recomendable es regular este agotamiento de la vía administrativa para ciertos casos, como muy bien lo ha hecho a mi criterio Costa Rica, donde se habilita el acceso libre y directo a la jurisdicción contencioso administrativa, pudiendo el ciudadano, como una de las opciones, demandar vía judicial a la administración omisa y desde esta instancia se le concede a la entidad demandada 15 días para el cumplimiento de lo requerido, caso contrario se continua con el proceso hasta la emisión de la sentencia.

---

<sup>277</sup> Ecuador, Ley de Modernización del Estado, *Registro Oficial* 349, 31 de diciembre de 1993, art. 38.

<sup>278</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, art. 300.

<sup>279</sup> Perrino, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, 266.

A pesar de esto, se debe tener presente que “la tutela judicial efectiva no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria [porque] la Administración de la Justicia [...] ha de ser, y debe seguir siendo, un servicio ofrecido desde la estructura del poder público, expresión del ejercicio de los poderes del Estado”,<sup>280</sup> con lo que quiero decir que bien podrían estos temas de inactividad de la administración pública resolverse en sede administrativa pero, en nuestro medio, creo que se requiere capacitación a funcionarios públicos a fin de que se entienda cuál es su rol como parte de un servicio al ciudadano y un endurecimiento de sanciones a funcionarios que conociendo de estos casos no los tramiten.

## 2.2. El derecho a una buena administración

La buena administración ha sido concebida desde un inicio como un principio que guía a la actuación administrativa, sin embargo, ha pasado a ser parte del cúmulo de derechos fundamentales. Al concebirse a la persona como el centro de la nueva administración, necesariamente se redimensiona el derecho administrativo, al punto de entender como un derecho del ciudadano el tener una administración eficaz, eficiente, con altos estándares de funcionamiento, o lo que es lo mismo, una administración más cercana y, por tanto, más humana.

Al respecto, el profesor Juan Ortega señala que “la Administración Pública, en un país que se precie de democrático, no puede constituir una mera política sexenal que debe aplaudirse a tal o cual dirigente, sino una constante de la soberanía”.<sup>281</sup> En otras palabras, la buena administración debe hacer efectivos los derechos ciudadanos, expresados a través del fomento de la participación ciudadana, mejoramiento ético del sector público, modernización y sensibilidad social,<sup>282</sup> pues la administración pública solo se justifica en su actuación en tanto obre como servicio con objetividad al interés general.

Como principio, la buena administración se convierte en un modo de cuantificar el grado de cumplimiento de la administración de aquellas actividades y deberes que se le ha encomendado legal o constitucionalmente, es decir, implica a la vez que un

---

<sup>280</sup> Martín Diz, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, 166, 168.

<sup>281</sup> Juan Manuel Ortega Maldonado, “El derecho fundamental a una buena administración pública en México” en *Temas selectos: hacia el ámbito del Derecho Administrativo* (México: Ediciones Eternos Malabares, 2016), 37-50, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=684677>, 38

<sup>282</sup> *Ibid.*, 39

principio, una obligación correlativa que adquiere la administración pública de facilitar el desarrollo de los derechos humanos.

La buena administración será aquella que sirva “objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se [orienta] continuamente al interés general”;<sup>283</sup> en resumen, su presencia como principio origina al mismo tiempo un derecho para el ciudadano, que abarca subderechos como el de defensa o debido proceso y el de motivación de las decisiones de los órganos públicos.

Lo que quiere decir que el ciudadano tiene como garantías la seguridad de que sus asuntos serán tratados con imparcialidad y dentro de un plazo razonable.<sup>284</sup> “En el tema de la inactividad, el principio a la buena administración tiene un significado trascendental pues retoma características democráticas dentro del aparato administrativo del Estado”,<sup>285</sup> porque en el nuevo contexto administrativo al ser el ciudadano el principal protagonista, en torno al cual deben girar los deberes de actuación de la administración a fin de cumplir con el principio de juridicidad, resultan irrenunciables las obligaciones establecidas para hacer efectivos los derechos y la dignidad de las personas.

Una buena administración debe reunir como caracteres básicos, los que se explican de modo breve en la siguiente tabla:

Tabla 3

### Características de la buena administración

Característica	Explicación
Centralidad de la persona	Es la principal característica, pues la presencia del ciudadano fundamenta la existencia de la administración pública. En un Estado democrático el ciudadano se vuelve ente activo de decisiones y la administración un servicio para la mejora de las condiciones de vida de la persona.
Objetividad	La administración pública debe guiar su actuación a partir de la situación social, cultural, económica de la ciudadanía; es decir, sus decisiones deben estar basadas en la realidad objetiva existente en el momento, e ir corrigiéndose o mejorándose en el tiempo, acorde con el avance de la sociedad y de la realidad.
Participación ciudadana	La determinación de políticas públicas debe realizarse necesariamente con un rol activo de la ciudadanía, donde se resuelva con base en consensos con independencia

<sup>283</sup> Jaime Rodríguez Arana, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión jurídica: revista de derecho y ciencias sociales*, n.º 6 (2013): 23-56, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167578>, 26.

<sup>284</sup> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Del derecho a la buena administración al derecho de la administración europea, *Cuadernos europeos de Deusto* n.º 51 (2014): 19-43, <http://ced.revistas.deusto.es/article/viewFile/803/936>, 23.

<sup>285</sup> Diana Olvera Robles, Alina del Carmen Nettel, Gabriela Aguado Romero, La gobernanza y buena administración en el contexto del control de la inactividad administrativa, *Ciencia Jurídica*, n.º 11 (2017): 119-36, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6187614>, 125.

	de si se trata de grupos mayoritarios o minoritarios. Implica la presencia de una administración abierta, capaz de escuchar sugerencias, sensible y cercana a la persona.
Modernización tecnológica	El uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones es la piedra angular sobre la cual gira el mejoramiento de la calidad y la eficiencia del servicio que la administración pública presta a la ciudadanía, pues hace más ágil el contacto entre ellos. La administración electrónica es la mayor meta a la que se debe apuntar en la relación administración-administrado, mediando el objetivo de mejorar la vida de las personas y hacer efectivas sus libertades. Llegar a una e-administración es un camino largo, respecto del cual en nuestro medio se han dado pasos iniciales como la regulación legal de firmas electrónicas y mensajes de datos, ventanillas únicas, portales institucionales, simplificación de trámites, entre otros. Sin embargo, un gobierno abierto va más allá del simple uso de internet, sino que implica el compromiso tanto social como institucional de capacitación en el manejo de las nuevas tecnologías y la confianza en la seguridad de sus actuaciones.
Vinculación ética	La administración pública debe tener claro, desde la visión ética, que su objetivo y su razón de ser se explica desde la centralidad de la persona; esto se traduce en que debe trabajar en favor de los intereses sociales. El poder por el poder o por favorecer a ciertas personas y no a la colectividad da cuenta de una crisis ética del actuar administrativo. Una administración ética es aquella que reconoce que no es infalible, que es posible equivocarse, por lo que es abierta a las manifestaciones de la población y estará dispuesta a enmendar sus errores en favor de los derechos ciudadanos.
Sensibilidad social	Constituye uno de los caracteres que más definen a una buena administración; nace de colocar a la persona como centro del actuar administrativo. Las políticas públicas y sus actuaciones deben tener como base la realidad social, por lo que la administración pública tiene que ser sensible al visualizar las necesidades sociales; de ese modo prestará servicios cercanos a las personas. En ese sentido, los servicios públicos “son un medio para la mejora de las condiciones de ejercicio de la libertad solidaria de las personas, no un sistema de captación de voluntades”, <sup>286</sup> con lo cual se entiende que el servicio público no debe ser considerado como una dádiva o un favor que se le hace al ciudadano, sino como un deber de prestación al que está obligada la administración por ser el sujeto el fin de su actividad, siendo los subsidios un atentado contra el desarrollo de la buena administración.

Fuente: Rodríguez Arana (2013)<sup>287</sup>

Elaboración propia

Los parámetros de una buena administración son una herramienta básica de control de las actuaciones y omisiones de la administración pública, pues esta viene acompañada de principios exigibles, al estar determinadas en normas tanto legales como constitucionales.

La buena administración se nos presenta, por tanto, como un principio rector de la actuación de las administraciones públicas y como un derecho fundamental, pero en definitiva conteniendo principios y derechos aplicados en el contencioso administrativo, cuyo objetivo final no es más que el fortalecimiento de la participación ciudadana.<sup>288</sup>

<sup>286</sup> Ortega Maldonado, “El derecho a una buena administración pública”, 43.

<sup>287</sup> Rodríguez Arana, “La buena administración como principio y como derecho”, 28-37.

<sup>288</sup> Marilyn Quiñones, La buena administración y la moralidad administrativa, *Magistra*, n.º 1 (2012): 65-84, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4746944>, 71.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se incluyó el derecho fundamental a la buena administración, cuyo contenido abarca tener una administración imparcial, equitativa y que resuelva en plazos razonables, considerando garantías básicas, tomadas en general de las normas del debido proceso, destacándose entre ellas: acceso a información, derecho de petición, contradicción, ser oído, motivación de decisiones, entre otros.

En nuestro ámbito se ha establecido de modo expreso el derecho a una buena administración en el artículo 31 del Código Orgánico Administrativo, en los siguientes términos:

Art. 31.- Derecho fundamental a la buena administración pública. Las personas son titulares del derecho a la buena administración pública, que se concreta en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y este Código.<sup>289</sup>

Con lo cual se denota que nuestra legislación equipara el derecho a la buena administración con el principio de legalidad, o juridicidad, sin desarrollarlo mayormente, sino dejándolo en un sentido abierto y ambiguo, que no permite de alguna manera hacerlo exigible ante la jurisdicción contencioso administrativa; en otras palabras, la forma en la que se encuentra redactado no es ninguna garantía para el ciudadano, sino una norma de remisión indeterminada que no habilita al ejercicio real de una tutela judicial efectiva.

A pesar de ello, y aunque se encuentre nombrado con un título que parecería no corresponderle, el artículo 37 del mismo cuerpo legal establece algunas de las características enunciadas en la tabla 3 para configurar una buena administración, cuando indica que “Las administraciones públicas sirven con objetividad al interés general. Actúan para promover y garantizar el real y efectivo goce de los derechos. Fomentan la participación de las personas para que contribuyan activamente a definir el interés general”,<sup>290</sup> reconociendo la centralidad de la persona, el interés general, la objetividad de actuación y la debida participación ciudadana en la toma de decisiones.

Vale hacer notar que la Constitución ecuatoriana no se preocupó por consagrar este derecho en su texto, pero sí se derivan del artículo 227 algunos principios que guían a una buena administración. En conclusión, a mi juicio, el Código Orgánico Administrativo no define a la buena administración, pero puede entenderse su tendencia a establecerlo como un derecho, con la obligación correlativa de la administración de

---

<sup>289</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, art. 31.

<sup>290</sup> *Ibid.*, 37.

servir con objetividad a los intereses ciudadanos, en concordancia con la definición constitucional de la administración pública como un servicio a la colectividad.

La Constitución de la República del Ecuador, por su parte, ni siquiera lo recoge de modo expreso, pero con base en los principios que rigen a la administración pública se colige que trató de plasmar, aunque de manera implícita, a la buena administración como un parámetro de actuación pública, es decir, como un principio en el derecho administrativo.

## Conclusiones

Luego de haber realizado un estudio global de lo que comprende la función administrativa, tanto cuando actúa como cuando permanece pasiva y sus implicaciones en cada caso, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Los perjuicios que se causan en la esfera de los derechos de los ciudadanos por parte del aparato estatal se producen por su actividad, pero también por sus conductas omisivas, las cuales deben ser reguladas legalmente a fin de que se cuente con un mecanismo de impugnación eficaz, que genere no solo una obligación de reparación sino el cumplimiento efectivo de las obligaciones del Estado. La inactividad de la administración pública representa una negativa tácita de la función administrativa al cumplimiento de las obligaciones natas del Estado, por cuya falta deben establecerse normativamente sanciones. Su no regulación da cuenta de la poca voluntad política y, por ende, legislativa de avanzar hacia una buena administración.
2. La función principal del control que realiza la justicia contencioso administrativa debe ser velar por la legalidad del ordenamiento jurídico y por tanto, fiscalizar en un sentido amplio y pleno toda actuación u omisión del Estado que perjudique derechos de los ciudadanos. Siendo de este modo que no se puede restringir en temas de inactividad del Estado a ciertos legitimados, sino que se debe abrir paso a una legitimación amplia, pues por lo general los problemas comunitarios, que contienen derechos difusos, son los más agredidos por la omisión estatal.
3. Respecto a la inactividad de la administración pública, a pesar de existir en nuestra legislación normas que anuncian un control de todas las actuaciones de la administración pública, incluyendo la desviación de poder señalada en el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, o que se habilite el control de la inactividad de la administración pública establecido en el artículo 217 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, se dan ciertas contradicciones como la exigencia de un acto administrativo como un requisito para la presentación de la demanda. Todo esto hace suponer que no se ha superado el dogma revisor de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país; siendo el único medio para impugnar una necesaria convertibilidad

de la inactividad material en una formal, que contrasta con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se obliga tácitamente a acudir en primer lugar a la sede administrativa antes que la judicial y trastoca el derecho a una buena administración porque vuelve engorrosa y lenta la búsqueda de la condena a la administración al cumplimiento de un deber previamente establecido, sea en la Constitución o en la ley.

4. La impugnabilidad directa de la inactividad de la administración pública en Ecuador solo será posible cuando se norme legalmente una acción contra la inactividad material de la administración pública, flexibilizando la legitimación para demandar, lo que al mismo tiempo implica juzgar en función de pretensiones y no basado en la presentación de un acto administrativo como un requisito de admisibilidad de la demanda. Para lo que será importante que se cambie el sistema de sentencias declarativas por unas de condena, que vayan más allá de la imposición de montos de indemnizaciones, sino que tiendan al real cumplimiento de las obligaciones de prestación del Estado o de ejecuciones materiales, que ciertamente no podrán ser realizadas directamente por el juzgador pero si por la administración sancionada, siempre y cuando exista por medio la necesaria dotación de amplios poderes de ejecución a los jueces de lo contencioso administrativo.

## Bibliografía

- Alli Araguren Juan. “La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo”. Ponencia presentada en la conferencia en el Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 20 de junio. <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/CD8161CB-1929-49A8-A578-3BD8AF2ECACF/74090/PonenciadeJuanCruzAlli.doc>.
- Béjar Rivera, Luis José. “Nulidad y desviación de poder en los actos y contratos administrativos: ¿legalidad o inmoralidad administrativa?”. *Aletheia: Cuadernos críticos del Derecho* n.º 1 (2016): [https://www.liberlex.com/archivos/II\\_monog\\_DCCP-desvia.pdf](https://www.liberlex.com/archivos/II_monog_DCCP-desvia.pdf).
- Beltrán Aguirre, Juan Luis. “La inactividad de las administraciones públicas de Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano”. *Revista Jurídica de Navarra* n.º 49 (2010): 11-46.
- Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Navarra: editorial Aranzadi, 2006).
- Bogut Salcedo, Lara Natasha. *La responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilegítima. Con especial referencia a la responsabilidad del Estado por omisión*. Río Cuarto: Abogacía, 2012.
- Cassagne, Juan Carlos. “Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva”. *IUS ET VERITAS* n.º 43 (2011): 43-165. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12058>.
- Clavero Arévalo, Manuel Francisco. “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de los actos que la administración no entró en el fondo del asunto”. *Revista de Administración Pública*, n.º 42 (1963). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115651>.
- \_\_\_\_\_. “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 30 (1959): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112425>.
- Costa Cevallos, Marcelo. *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador: análisis doctrinario y jurídico*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones: 2017.

- Costa Rica. *Código Procesal Contencioso Administrativo*. Gaceta 120 alcance 38, de 22 de junio de 2006. <https://www.imprentanacional.go.cr>.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996).
- Durán Martínez, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial Suplemento 31, de 7 de julio de 2017.
- \_\_\_\_\_. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial Suplemento 303, 19 de octubre de 2010.
- \_\_\_\_\_. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial Suplemento 306, 22 de octubre de 2010.
- \_\_\_\_\_. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015.
- \_\_\_\_\_. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- \_\_\_\_\_. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Resolución No.252-2012*. Registro Oficial Edición Jurídica 36. 5 de mayo de 2016.
- \_\_\_\_\_. Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
- \_\_\_\_\_. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.
- España. *Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>.
- \_\_\_\_\_. *Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Boletín Oficial 80, 23 de abril de 1985. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia de 20 de marzo de 2019”, STS 894/2019. [www.poderjudicial.es/search\\_old/documento/TS/8712179/.../20190329](http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/8712179/.../20190329).
- Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel. Del derecho a la buena administración al derecho de la administración europea, *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 51 (2014): 19-43. <http://ced.revistas.deusto.es/article/viewFile/803/936>.



- Marcheco Acuña, Benjamín. “La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador”. *Revista de Derecho (Valdivia)* n.º 1 (2017): 263-285. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502017000100011](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000100011).
- Martín Diz, Fernando. “El derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”. *Revista Europea de derechos fundamentales* n.º 1 (2014): 161-176. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945876>.
- Masapanta Gallegos, Christian. *Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Menéndez Rexach, Ángel. “El control judicial de la inactividad de la Administración”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n.º 5 (2001): 163-86, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283996>.
- Mora Espinoza, Álvaro Enrique. “El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid. Servicio de Publicaciones, 2003. <https://eprints.ucm.es/2214/>.
- Mozo Seoane, Antonio. *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid: Editorial REUS, 2017, [https://www.editorialreus.es/static/pdf/9788429019582\\_PP\\_manual\\_de\\_jurisdicciocontexto.pdf](https://www.editorialreus.es/static/pdf/9788429019582_PP_manual_de_jurisdicciocontexto.pdf).
- Nettel Barrera, Alina del Carmen. “La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los estados democráticos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/4.pdf>.
- Nieto, Alejandro. “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 37 (1962): 75-126. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112582>.
- \_\_\_\_\_. “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después”. *Documentación Administrativa* no. 208 (1986): 11-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=220591>.
- Olvera Robles, Diana, Alina del Carmen Nettel, Gabriela Aguado Romero. La gobernanza y buena administración en el contexto del control de la inactividad administrativa, *Ciencia Jurídica* n.º 11 (2017): 119-36. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6187614>.

- Ortega Maldonado, Juan Manuel. “El derecho fundamental a una buena administración pública en México” en *Temas selectos: hacia el ámbito del Derecho Administrativo*. México: Ediciones Eternos Malabares, 2016. 37-50, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=684677>.
- Pérez Estrada, Josune. “La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso”. *Revista Vasca de administración pública*, n.º 9 (2014): 2359-81. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4949634>.
- Pérez, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Perrino, Pablo Esteban. “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”. *Revista de Derecho Público* (2003): 257-94.
- Perrino, Pablo. “La responsabilidad del estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”. *Revista de Derecho Público* (2013) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4435408>.
- Quiñones, Marilyn. La buena administración y la moralidad administrativa. *Magistra*, n.º 1 (2012): 65-84. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4746944>.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001.
- Requero Ibañez, José Luis. “Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa”. *QDL Estudios*, accedido 23 de febrero de 2019, <http://usuaris.tinet.org/aduspyma/documentos/INACTIVIDAD%20ADMINISTRATIVA/DOCUMENTO%2017.pdf>.
- Retortillo Baquer, Sebastián. “La desviación de poder en el Derecho español”. *Revista de Administración Pública*, n.º 22 (1957): 129-78. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112426>.
- Rivero Ortega, Ricardo y Víctor Granda Aguilar. *Derecho Administrativo*, vol. 40. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017.
- Rodríguez Arana, Jaime. “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”. *Misión jurídica: revista de derecho y ciencias sociales*, n.º 6 (2013): 23-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167578>.

- Romero Acuña, Roberto Luis. “Aspectos de tutela judicial efectiva tributaria” en *Revista de Derecho Público*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2008. 93-128.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Velasco, Francisco y José María Rodríguez de Santiago. “La inactividad de la Administración en las reformas de la legislación administrativa de 1998 y 1999. Especial referencia al silencio administrativo”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n.º 2 (2000): 337-370. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6290>.