

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

*”MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”*

JORGE LUIS GUEVARA CARRILLO

2006

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dr. Jorge Luis Guevara Carrillo.

Quito, 26 de septiembre de 2006.

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMON BOLIVAR”

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**”MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”**

JORGE LUIS GUEVARA CARRILLO

Quito-Ecuador

2006

RESUMEN DE LA OBRA.

El presente trabajo ha sido realizado como aporte del conocimiento recibido en mi preparación académica de cuarto nivel y recoge el acerbo doctrinario y normativo que reviste a las decisiones de la Administración Pública. En el desarrollo de este interesante tema se puede descubrir lo complejo que resulta motivar cada una de ellas, más aún cuando por sus condiciones particulares su tratamiento lógico jurídico difiere según su especie. Hay decisiones que por su propia naturaleza no deben ser motivadas, como ocurre con los hechos administrativos, incluso puede responder a la omisión de voluntad de sus responsables, limitándose a producir efectos jurídicos y acciones indemnizatorias. En otros casos como en el silencio administrativo que nace del derecho de petición, la motivación la debe proporcionar el propio peticionario, so pena de ineficacia de la probable aceptación tácita y reconocimiento por la inacción de la administración. Se ha pretendido también analizar dos casos concretos planteados, uno ante el Tribunal Constitucional y otro ante el Tribunal Distrital y vía casación ante la Corte Suprema de Justicia en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Este ejercicio intelectual va enfocado a poner a disposición del lector una herramienta sencilla para su acercamiento con el mundo de las decisiones de la Administración Pública que en determinado momento hace participe de ellas al particular y en otro lo afecta, debiendo estar preparado para una u otra situación, conjugando su participación para garantizar su legitimidad y eficacia.

El autor.

TABLA DE CONTENIDO **Pag.**

INTRODUCCIÓN.....	3
CONTENIDO DE LA OBRA.....	4

CAPITULO I

LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1 Noción Conceptual.....	6
1.2 Formas de poner en acción a la Administración:.....	12
1.2.1 Por Iniciativa de las Autoridades.....	13
1.2.2 El Derecho de Petición.....	16
1.3 Clases de decisiones de la Administración Pública.....	19
1.3.1 El Hecho Administrativo.....	19
1.3.2 Reglamento Administrativo.....	21
1.3.3 Los Contratos Administrativos.....	26
1.3.4 El Acto Administrativo.....	29
1.3.4.a Actos Administrativos Reglados, Discrecionales y su Motivación.....	35

CAPITULO II

LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1 Motivación Noción Conceptual.....	41
1.2 Características de la Motivación.....	43
1.3 Elementos de la Motivación.....	47
1.4 Pertinencia de la Motivación a los hechos y a la Norma.....	49

CAPITULO III

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN

DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

1.1 Anulación de los Actos Administrativos.....	52
1.1.1 Anulación, Anulabilidad y Nulidad.....	52
2 Inexistencia y Nulidad de las decisiones administrativas.....	55
3. Efectos jurídicos de la falta de motivación de las decisiones de la administración pública.....	57
3.1. Impugnación en sede administrativa.....	59
3.2. Control Constitucional, demandas y recursos.....	61
3.2.a. Demanda de Inconstitucionalidad.....	62
3.2.b. Amparo Constitucional.....	64
3.3. Suspensión judicial de la ejecución de las decisiones.....	66
4. ANÁLISIS DE FALLOS SOBRE MOTIVACIÓN DE DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	
4.1. Demanda de Inconstitucionalidad en contra de Decisión de las Fuerzas Armadas que carece de Motivación.....	55
4.2 Casación de la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia de Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por falta de Motivación, cuando alude hechos que no forman parte de la Decisión.....	57
 CAPITULO IV.	
1. Conclusiones.....	62
2. Recomendaciones.....	64
 ANEXOS	
Anexo 1.....	65
Anexo 2.....	69
Anexo 3.....	73
Bibliografía.....	74

CAPITULO I

1. LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1 Noción Conceptual.

El elemento teleológico de cada Estado, o sea su finalidad, es el factor determinante de su actividad; por ello, Gabino Fraga¹, considera que la actividad estatal viene a configurarse por el conjunto de actos, operaciones y tareas que, de conformidad con el Derecho Positivo, está obligado a desarrollar para la obtención de su telos (su fin). En el caso de nuestro país de tendencia liberal (ciertamente neoliberal), la diversidad de actividades o fines a cumplir es menor que en el caso de un Estado intervencionista o solidario y menor aún frente a un Estado totalitario.

La actividad del Estado se define en el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines o propósitos que persigue alcanzar de acuerdo a su naturaleza y a la política predominante.

Bajo la concepción desarrollada por Montesquieu, se clasifica a la actividad estatal en tres grandes ámbitos: legislación, jurisdicción y administración. La primera produce y promulga la norma jurídica; la segunda la aplica al caso concreto e impele a cumplir sus decisiones; y, la tercera efectiviza las tareas necesarias para el bienestar de la sociedad, su progreso y seguridad.

¹Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Décima edición., México, Porrúa, 1963 Pág.3.

La Función Ejecutiva es el organismo administrativo, político, independiente y soberano del Estado encargado de defender los intereses públicos; mantener el orden social; la seguridad interna de los ciudadanos y de sus bienes; y, satisfacer las necesidades generales de la población, para lo cual la Constitución y la ley le otorga potestades a sus funcionarios, encabezados por el Presidente de la República que dirige esta Función y cuyo brazo ejecutor es la Administración Pública encargada de advertir, planificar, organizar, concertar, dirigir, controlar y evaluar las diferentes acciones del Estado desarrolladas por el Gobierno, en otras palabras de administrar los recursos en busca de la satisfacción de las necesidades de la población.

Para el cumplimiento de estas delicadas funciones existen órganos, autoridades, funcionarios y servidores que revestidos de ciertas facultades ejercen las más variadas actividades que la gestión administrativa requiere y para ello acuden a ciertas formas de expresión que la ley franquea para su validez, contando con los medios adecuados, también conocidos como recursos (financieros, físicos o naturales, tecnológicos, científicos, etc.).

Esta función implica diversas especies de actividad y su contenido es heterogéneo y su concepto tiene múltiples, variadas y hasta contrarias definiciones.

“La función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo “administrar” significa “servir a” (administrare, ad, a, ministrare, servir). Así, la administración se presenta como

*una “acción” encaminada hacia un fin”.*² Pero esta etimología nos concentra en el sentido objetivo de la palabra administrar, en donde no tiene relevancia el órgano o su ejecutor, por lo que bien podría entenderse que en las tres funciones del Estado hay administración. Sin embargo al remitirnos a su sentido subjetivo, la Administración Pública implica una organización, una estructura, una coordinación, un conjunto orgánico, al que bien define Dromi como un “aparato administrativo”.

*“Administración, etimológicamente, proviene de los términos latinos “ad” (a) y “ministrare” (servir). Por lo que significa “servir a”. (Escola Dromi, Diez) En el derecho alemán, contrariamente deviene de “Verwaltung” que deriva de “walten”, que es “reinar”. Trasunta aquí la idea de poder. Para otros, deriva de “ad manus trahere” que significa “dirección” o “gestión hacia un fin”*³

Esta organización para regular la atención y satisfacción de las necesidades generadas dentro del Estado, que es la que más nos interesa, hace necesaria una serie ordenada de normas legales que establezcan la competencia de los diferentes entes y órganos a los cuales se les atribuye la función administrativa, evitando interferencias entre quienes la ejercen y manteniendo control sobre sus actos.

Para ello se establecen jerarquías administrativas entre órganos superiores e inferiores con supremacía, subordinación y coordinación de sus decisiones,

² Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires 2001. Pag. 148

³ Ismael Farrando y Martínez Patricia. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Depalma. Buenos Aires 2000. Pag. 25.

cuando unos están llamados a decidir, instruir, mandar y establecer macro estrategias; los otros están en un nivel de cumplimiento de funciones, procedimientos, actividades y tareas específicas; no obstante unos y otros generan decisiones, aún cuando sean de distinta importancia.

La Administración Pública sustenta su actuación en las disposiciones establecidas en: la Constitución, Leyes, Decretos, Estatutos, Ordenanzas, Reglamentos, Instrucciones y Circulares; mediante las cuales se asignan o regulan ciertas potestades con las cuales se lleva adelante: actos administrativos, actos simples, hechos administrativos, contratos de la administración y todas las decisiones necesarias que emanan legalmente de la administración, bajo la inspiración de principios jurídicos del Derecho Administrativo. No obstante debemos recordar que existen en nuestro país, varias entidades creadas y reguladas por ley, facultadas para ejercer determinadas funciones administrativas y que no forman parte de la Administración, aún cuando actúan a nombre del Estado y cuyas decisiones son actos emitidos con carácter administrativo en virtud de la delegación que reciben al momento mismo de su creación; y, otras tantas que sin tener carácter público ni actuar a nombre del Estado, siendo creadas por ley, tienen finalidad pública, donde sus actos tienen cierta ambigüedad entre lo administrativo y lo civil.

La función administrativa que coordina la estructura y actividad específica para que el engranaje estatal funcione, busca permanentemente *–al menos en teoría–* el cumplimiento de los objetivos primordiales del Ejecutivo, sin embargo

función ejecutiva y función administrativa no significan lo mismo: “*Los términos no son equivalentes, pues no toda actividad o función administrativa es ejecutiva. La ejecución tiene un alcance más restringido; es una especie de función administrativa*”.⁴

Esta organización, para regular la atención y satisfacción de las necesidades generadas dentro del Estado, hace necesaria una serie ordenada de normas legales y reglamentarias que establecen la competencia de los diferentes entes y órganos a los cuales se les atribuye la función administrativa evitando interferencias entre quienes la ejercen y manteniendo control sobre sus actos, lo que refleja la disposición constante en el artículo 236 de la Constitución, la cual establece la reserva legal de las competencias del régimen seccional autónomo, para evitar superposición y duplicidad de atribuciones, concordantes con otras de igual sentido.

El establecimiento de jerarquías administrativas entre órganos superiores e inferiores genera relaciones de supremacía, subordinación y coordinación para la validez de sus decisiones.

Mientras que algunos tratadistas sostienen que “*las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones*”⁵ para otros, es al contrario: las atribuciones constituyen la forma de ejercicio de las funciones, como lo sostiene Benjamín Villegas Basavilbaso. Sin embargo la mayoría de los autores coincide en establecer que la idea de atribución es la base del Derecho Administrativo pues, “*Las atribuciones son las tareas, los trabajos que el*

⁴ Roberto Dromi. Obra Citada. Pag. 150

⁵ Gabino Fraga, Gabino, op. cit. P. 25.

*Estado realiza. Ellas constituyen los objetos de su actividad. Esta noción de atribución corresponde sensiblemente a la de profesión para los individuos. Cuando dice que el Estado es industrial, comerciante, profesor, se indica en esa forma la atribución realizada por el Estado*⁶

Como hemos dicho las relaciones surgidas del Derecho Administrativo no se limitan a la tradicional ecuación administración-administrado, sino que abarca una estructura más profunda donde participan diversas organizaciones públicas y ciudadanos en escenarios más globalizados, lo que hace que las decisiones de la Administración sean mucho más complejas y discutibles, tornándose indispensable la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones por parte de la administración, más allá de las formas de participación democrática que prevé la Constitución como son la consulta popular (Art. 103); y, revocatoria del Mandato (Art. 109); como en el caso previsto en el artículo 88 de la Carta Magna que establece la necesidad de contar con los criterios de la comunidad, antes de tomar cualquier decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, garantizando la participación del pueblo.

El Art. 81 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que los actos normativos deben ser expedidos por órgano competente con el sustento técnico y el informe pertinente que justifique su legitimidad y oportunidad, agregando: *“Los órganos administrativos previa la expedición de actos normativos podrán convocar a las personas que se verían afectadas por*

⁶ Roger Bonnard, Elementos del Derecho Administrativo. París, Recueil Sirey 1926, p.18.

sus disposiciones para escuchar sus opiniones con respecto a las normas a expedirse", lo que permite hacer más legítima la decisión de la administración.

La administración inicia o forma su decisión para poner fin a un asunto administrativo de interés general o de interés particular que ha sido planteado por particulares a la autoridad o que ésta ha asumido de oficio en ejercicio de su función administrativa para resolver una cuestión propia de su gestión. La autoridad debe asumir todas las razones que le inducen a tomar tal decisión.

Como veremos a continuación la autoridad prepara su decisión impulsada en tres situaciones esenciales:

Por iniciativa de las autoridades; en cumplimiento de una obligación o deber legal;

Por hechos de ineludible e inmediata atención; y,

Por ejercicio del derecho de petición o impugnación en sede administrativa en pos del interés general o particular.

Las decisiones serán producto de cada circunstancia y previa motivación, pudiendo traducirse en actos administrativos, decretos, reglamentos, hechos, operaciones administrativas, etc.;

1.2 Formas de poner en acción a la Administración: Iniciativa propia; atención de sus fines o hechos; el Derecho de Petición y los Recursos Administrativos.

“Los hechos que dan origen a una cosa, son las fuentes de las que se extraen las motivaciones que la generan”⁷, esta máxima nos ayudará a comprender mejor como se pone en acción la Administración y como subsume estos hechos a la norma pertinente y legítimamente aplicable.

1.2.1 Por iniciativa de las autoridades.- Las autoridades en la gestión administrativa, tienen necesariamente que atender los fines que la inspiran, en tal virtud, sea por la implementación de un programa de planificación de largo plazo, que sería lo ideal, sea en cumplimiento de una obligación o deber legal, como en el caso de contratos pre existentes o por reforma legal; ya sea por hechos de ineludible e inmediata atención como en casos de emergencia, la Administración Pública actúa en el ejercicio de sus atribuciones sin la participación de los administrados.

La Potestad Pública, a la cual Patricio Secaira Durango le atribuye la fuerza moral que tiene el Estado a partir de la soberanía, es la que determina que los organismos dediquen su energía a la satisfacción de las necesidades generales y el bien común, cualquier otro tipo de actividades pierden interés colectivo y pasan a ser simples operaciones de administración.

La desgracia de nuestra nación, no es la falta de normas para regular la Función Pública, el problema radica en que la administración de los recursos ha sido caótica, se crean y eliminan una serie de organismos de planificación que no trascienden ni siquiera un período presidencial. La situación es similar

⁷ Patricio Secaira Durango. Curso Breve de Derecho Administrativo. Editorial Universitaria. Quito-Ecuador. 2004. Pág. 61.

en todas las carteras de Estado, cuando la contratación de una obra o servicio es plurianual, su financiamiento a partir del segundo año no aparece presupuestada y hace que el desequilibrio económico afecte la obra o atente a la calidad de la prestación del servicio.

La Constitución Política de la República prevé un sistema nacional de planificación encargado de delinear los objetivos nacionales permanentes, a corto, mediano y largo plazo, tomando en consideración nuestra composición geopolítica, étnica y cultural.(Art. 254)

La Ley de Modernización del Estado crea el Consejo Nacional de Modernización del Estado (CONAM) para armonizar sus decisiones.

Las decisiones que el Estado debe asumir para la consecución de sus objetivos deben ser armonizadas, desde la propia necesidad de un Código que sistematice las normas administrativas tan dispersas como extremadamente reglamentaristas.

Se requiere un órgano técnico-autónomo que planifique, dirija, ejecuta, evalúe, modernice, descentralice; y desconcentre las actividades del Estado para que sus decisiones sean eficientes, evitando el anquilosamiento de las instituciones y su extremada burocratización, a corto, mediano y largo plazo, pero éste órgano debe trascender a la simple coyuntura política del momento, manteniendo contenidos con verdaderas políticas de Estado.

Para lograr estos objetivos lo primordial es conocer más de cerca la clase de decisiones que el Estado puede adoptar en su gestión administrativa, que es el objeto de este trabajo, como lo veremos más adelante.

Lastimosamente en nuestro país se ha incrementado un fenómeno extra legal, en donde para poner en movimiento el aparato administrativo, se recurre a violentas manifestaciones y paros, que lejos de ser materia legal, son la extensión del poder que posee la sociedad para exigir la atención de sus necesidades. Esto ocurre por el desgaste institucional, tal como ocurre cuando las decisiones de la función judicial pierden legitimidad –credibilidad- y la misma sociedad aplica arbitrarias medidas en una suerte de “justicia paralela” o “justicia por mano propia”. Estas situaciones tienen relevancia social, no obstante desde el punto de vista jurídico, estos exabruptos se han tratado de controlar con la imposición de normas, incluso constitucionales⁸ y penales, que se han ido desgastando, sin que la autoridad haya podido imponer las sanciones previstas, al no encontrar la legitimidad en la sociedad pro-activa que reclama atención a sus necesidades básicas, siempre relacionadas con sus necesidades vitales –*principalmente materiales*- indispensables para coexistir armónicamente respetando las diferencias de la sociedad.

En cuanto a los hechos de inmediata e ineludible acción, es algo a lo que nuestro país está perennemente sometido, por fenómenos naturales como el de El Niño, erupciones volcánicas como las del Tungurahua y Pichincha,

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador: “Art. 35 número 10. ...Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes.”

alteraciones climáticas agravadas notoriamente en la última década, inviernos prolongados y violentamente destructores en la Amazonía, aguajes en todo el perfil costanero, etc. En muchos de estos casos se puede mitigar sus impactos al revisar su comportamiento cíclico o histórico, por lo que hay obras que deberían formar parte de la planificación a largo plazo para controlarlos. Pero existen fenómenos que de ningún modo podrán prevenirse, sino tan solo remediarse y en tal virtud, tomar medidas ejecutivas, solventes, oportunas para atender a quienes sufran tales flagelos. Lastimosamente algunas administraciones han demostrado su indolencia e inoperancia para asumir el reto que la naturaleza impone a quienes deben atender las necesidades de la sociedad, omisión por la que pudieran resultar responsables de conformidad con la Constitución y la Ley.

1.2.2 El Derecho de Petición. La Constitución en el Título III que habla: “De los Derechos , Garantías y Deberes”, el Capítulo II establece los derechos civiles, entre los que consta: *“14. El Derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado;”* Cuando la atención del funcionario es invocada para atender un asunto de su competencia y bajo su potestad, en base al derecho de petición o queja, su falta de atención nos pone frente a la figura jurídica del Silencio Administrativo, *“si el peticionario no recibe una respuesta oportuna dentro del tiempo que la ley establece, ...cuando la administración asume una actitud de inercia respecto a una conducta que*

requiere pronunciamiento concreto”⁹ con la posible responsabilidad administrativa de la autoridad omisa. La ley de modernización en el Art. 28 desarrolla un poco más el Derecho de petición¹⁰, haciendo evidente que se pretende recibir la atención de la administración pública, generalmente distante de la realidad colectiva y particular, por lo que la norma ha previsto que tal omisión merezca un tratamiento jurídico especial, atribuyendo efectos jurídicos a favor del administrado, institución a la cual se ha denominado “Silencio Administrativo”.

En nuestra legislación, a diferencia de la mayoría de las demás latinoamericanas, se le atribuye un efecto positivo, de aceptación a la petición no atendida o considerada extemporáneamente, pero en realidad tal efecto ha venido a complicar mucho más la ejecución de lo tácitamente admitido, como lo veremos en este trabajo.

Por su naturaleza el silencio administrativo carece de motivación pues es producto de la inacción, de la falta de deber de cuidado, de la omisión de la autoridad, a tal punto que el Código Penal¹¹ tipifica cualquier acto arbitrario y atentatorio a los derechos garantizados por la Constitución, cuando su autor sea un empleado u oficial público, pretendiendo fustigar -justamente- su inercia

⁹ Hernán Jaramillo Ordoñez. Manual de Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Loja. Área Jurídica, Social y Administrativa. Quinta Edición.

¹⁰“*Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tradición ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante*”.

¹¹ Art. 213 del Código Penal Ecuatoriano.

u omisión, sin olvidar otras normas que establecen sanciones a cargo de los entes de control por descuidar sus funciones.

Es por ello que la única motivación posible que se le puede atribuir al silencio administrativo es la que el petionario o quejoso haya podido imprimir en su pretensión, pues si no es producto de un proceso lógico sistemático que vincule los hechos y el derecho, incluidas las razones que podría tener la autoridad para aceptarla o asumirla, sería imposible alegar su ejecución. Si una persona hace una simple petición para acceder a una función pública para la cual no cumple los requisitos mínimos y donde es necesario un concurso en base a méritos, por la falta de contestación de la autoridad jamás le concederá tal despropósito. Tampoco se podría obtener algún beneficio invocando hechos irreales. De ahí que la petición bien motivada es la única que puede producir los efectos deseados mediante el silencio administrativo positivo que rige en nuestro país. Pese a que la decisión ficta positiva corresponde al silencio administrativo positivo, con el cual se busca que la celeridad y la eficacia sean verdaderamente principios orientadores de la actividad administrativa, este solo tiene efectos estimatorios en cuanto equivale a respuesta favorable a la petición (debidamente motivada, lógica y legalmente estructurada), debiendo en este caso haber vencido el término que señala la ley para atenderla y que haya ausencia de notificación de alguna decisión al interesado, ya que una vez vencido el término para ello, la administración pierde la facultad de decidir.

1.3 Clases de Decisiones de la Administración Pública.

1.3.1 El hecho administrativo.- Mónica Buj Montero¹², recoge las normas legales de las provincias argentinas de Chubut y Neuquén, analizadas por Dromi para describir al hecho administrativo: “*es toda actividad material traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos*”¹³ De ahí que se advierta que dichas actuaciones sean una expresión que requieren de un ejercicio intelectual, por tanto son decisiones, traducidas en acciones u omisiones. La orden de clausura de un local es un acto administrativo, pero llevarla a cabo físicamente es un hecho administrativo. Desalojar un inmueble invadido puede ser llevada a cabo como un hecho administrativo si no está precedido de la decisión de la autoridad respectiva mediante un acto; o cuando en realidad le sirve de antecedente para exteriorizar el acto administrativo, como cuando la Dirección Nacional de Hidrocarburos monitorea una estación de servicio de combustibles y detecta una alteración en cantidad o calidad, procede a sellar los surtidores y posteriormente emite el acto administrativo que provoca la clausura de la gasolinera. Clausurar es un hecho, Ordenar la clausura es un acto. Ejecutar un acto administrativo cuando está pendiente una resolución o apelación se convierte no sólo en un hecho administrativo, sino en uno ilegal, al no estar ejecutoriado no se puede ejecutar.

¹² Ismael Farrando y otros. Manual de Derecho Administrativo. Tomo II Ediciones De palma. Buenos Aires 2001. Reimpresión

¹³ Roberto Dromi. Obra citada. Pág 242

Como vemos entender al acto administrativo completamente separado del hecho es a veces muy difícil, pero si revisamos sus efectos jurídicos, encontramos claras diferencias. El hecho administrativo, no es anulable, no requiere de motivación, puede ser antecedente del acto o autónomo, sus consecuencias son distintas, pero produce efectos jurídicos mayoritariamente indemnizatorios.

El hecho administrativo es la condición prevista por el legislador para que la norma jurídica entre en función, en tanto en cuanto la hipótesis legal se cumpla para que el texto jurídico juegue su papel regulador, con independencia de la voluntad del sujeto que actúa y la provoca, pero también puede ser la resultante de fenómenos naturales o puramente físicos, efectos para los cuales sea determinante la actividad de la administración sea por acción, como la construcción de obras, o por conducta omisiva o negligente frente a situaciones que amenazan peligro, como no tomar determinadas medidas preventivas o tomarlas tardíamente o de manera defectuosa.

De cualquier forma, es propio del hecho administrativo que la Administración no desea ni la ocurrencia del evento y menos las consecuencias jurídicas que del mismo se desprendan, por tanto se producen con independencia de la voluntad de la administración, aún cuando deba responder por sus efectos.

Por tanto no es una decisión directa de la administración y responde más a su falta de previsión, acción u omisión, por lo que no responde a una motivación ni debe contenerla para producir efectos jurídicos.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que por los hechos administrativos se puede plantear un reclamo por parte de las personas afectadas y si la administración niega el reclamo se puede impugnar y proseguir la vía administrativa o judicial, mas si afectaren una garantía constitucional de forma cierta e inminente dicha impugnación se podrá elevar de conformidad con la Constitución (Art. 79 ERJAFE), lo que implica que pueda ser incluso materia de un recurso de amparo conforme lo establece el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional.

Como vemos los hechos administrativos tienen un régimen jurídico propio y autónomo de cada una de las diversas formas jurídicas de la función administrativa, constituyen actividades que en principio no gozan de legitimidad ni carecen de ella, salvo que sean consecuencia de la violación manifiesta de lo que está prohibido y resulten lesivas al orden jurídico, lo que resulta en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

La administración no puede poner en ejecución un acto, mientras esté pendiente algún reclamo o recurso administrativo pertinente que suspenda sus efectos ejecutorios, incluso si la resolución adoptada sobre la pretensión no ha sido notificado legalmente

1.3.2 Reglamento Administrativo.

Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa, se denomina

Reglamento. En tal virtud no se perfecciona con el asentimiento de las personas a las que regula o alcanza, sino que lo hace en virtud de la potestad reglamentaria inherente a la función administrativa y cuyos efectos son generales.

El reglamento es una decisión administrativa que tiene un régimen jurídico propio, distinto del acto administrativo. Su formación corresponde al órgano competente que tenga la iniciativa de atender una situación real plasmada en estudios e informes previos, incluidos los de su posible impacto social, ambiental, económico, etc., que justifiquen su legitimidad y oportunidad, incluso podrá contar con el criterio que los afectados o beneficiados pudieran hacer que serán opcionales en cuanto la constitución o la ley no los considere indispensables, para lo cual se convocará a audiencias públicas.

*“Las formas de exteriorización del reglamento son diversas: decreto, orden ministerial, resolución, ordenanza, circulares, instrucciones etcétera”*¹⁴, que sin estar sujetas a formalidades especiales, requieren una forma concreta de declaración, en atención a los órganos estatales que la asumen, que no depende del carácter del acto, sea general, individual, normativo o no.

Los actos normativos: *“Son un conjunto de preceptos públicos específicos enmarcados dentro de las leyes de la República, expedidos por los órganos competentes de la Función Administrativa, previo estudio e informes que justifiquen su legalidad, legitimidad y oportunidad, destinados a regular los*

¹⁴ Roberto Dromi, *Obra Citada*. Página 323.

actos administrativos y promover una correcta utilización de los recursos públicos en las entidades y organismos del sector público, con el objeto de buscar la efectividad, eficiencia y economía en la gestión institucional, que entran en vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial.”¹⁵ , esta figura legal está recogida por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva a partir del Art. 80.

Las materias que pueden ser abordadas por la facultad reglamentaria son: aquellas que se derivan del ámbito organizativo interno de la Administración; aquellas que implican imposición de obligaciones o limitación de derechos de los ciudadanos como suplemento de la ley pre establecida; aquellas para las cuales no se establece la “reserva de ley”, por tanto situaciones que no pueden ser reglamentadas, en contraste con aquellas situaciones que solo pueden regularse mediante reglamento.

Esta clase de decisiones de la Administración sólo surte efectos en cuanto se encuentren debidamente publicados en el Registro Oficial y en su expedición se describen las razones fácticas que las llevan a determinar uno u otro sentido, debiendo la autoridad además esgrimir los fundamentos constitucionales o legales que le permiten adoptar la decisión, por lo que la motivación de estos actos surge desde la fase misma de preparación del documento que permite desarrollar la operación administrativa o normativa según sea el caso.

¹⁵ Hernán Jaramillo Ordoñez. Obra Citada. P. 219..

La motivación del reglamento en este caso podría ser genérica, pero indiscutiblemente deberá hacer relación la competencia en virtud de la cual se ejerce la facultad reglamentaria y la pertinencia e importancia que determina el mérito del asunto que se pretende reglamentar o se ha reglamentado.

Pero esta motivación pudiera ir más allá cuando se trata de nuevas situaciones que el órgano administrativo debe asumir en virtud de nuevas corrientes o tendencias de comportamiento humano en su relación con el medio ambiente y sus actividades depredadoras.

Esta clase de decisiones de la Administración Pública, en cuanto son actos normativos pueden ser impugnados en sede administrativa o judicial ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en cuanto las personas se consideren afectadas por sus disposiciones o cuando se trata de actos de ejecución derivados de ellos, para intentar su derogatoria o su reforma administrativa e impedir que surtan efecto, entre otras razones cuando la motivación sea impertinente, insuficiente o inexistente.

Los actos de simple administración que contempla el Art. 70 del ERJAFE, recogen a toda aquella declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en virtud de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta, que pueden afectar a los administrados cuando fundamentados en ellos se emiten actos, reglamentos y hechos que nacen imperfectos por tal situación.

No debemos olvidar que el efecto de las circulares e instrucciones no tienen carácter general pues, se dictan en virtud de la jerarquía funcional de la actividad administrativa, que no requieren de la publicación pues no se imponen a terceros distintos de los funcionarios obligados a acatarla dentro de una entidad pública, por su propio carácter de internos.

Dromi, determina que el reglamento es fuente de competencia y que la competencia de los órganos administrativos es resultado de lo que determina la Constitución, las leyes e incluso de los reglamentos dictados en su consecuencia; agregando que es fuente de competencia, jerárquicamente subordinado a la Constitución, a los tratados y a la ley, y con supraordinación respecto de los actos administrativos, de los cuales se diferencia por el carácter general del reglamento y la subjetividad e individualidad de los efectos del acto administrativo.¹⁶

Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria no son impugnables, pero su inadecuada emisión puede devenir en la impugnación de la decisión que se sustente en ellos si fueren erróneos o si se hubiere omitido su incorporación, pues son determinantes para una motivación adecuada de la decisión que debía resultar de estos criterios y que no puede ser suficiente si no existe esa base indispensable para contextualizar la misma.

¹⁶ Roberto Dromi, Obra Citada. Capítulo VII, Pág. 325.

1.3.3 Los Contratos Administrativos.

El contrato administrativo es un instrumento jurídico que permite el accionar administrativo estatal, que involucra múltiples decisiones de la administración conjugadas con la participación de otros entes de la administración o particulares. Estas decisiones, en su mayoría actos administrativos se toman en la fase precontractual del proceso de formación de voluntades que contratan.

Hay diferentes corrientes doctrinarias respecto a los contratos donde participa la Administración Pública, sobre si son o no distintos o presentan caracteres propios diferentes de aquellos que celebran los particulares entre sí, algunos sostienen que no hay diferencia alguna y otros que determinan estas diferencias.

Según Otto Mayer no existen actos bilaterales sino unilaterales de la Administración, actos administrativos, que son o no aceptados por los particulares, que dicha aceptación no puede ser equiparada con una relación contractual desde el momento mismo que no existe un plano de igualdad entre las partes, por lo que no lo considera un contrato.

D'Alessio que recoge la doctrina alemana e italiana, insiste en el carácter unilateral de la actuación de la Administración y en la distinta naturaleza jurídica de las expresiones de las partes en lo que se pretende sería un contrato.

Los partidarios de las ideas monistas van más allá, cuando niegan la existencia de un derecho privado distinto del público, por tanto niegan que pueda haber diferencia en el accionar de la Administración.

Marienhoff sostiene que hay contrato administrativo, en razón del objeto del contrato, y en ese caso se caracterizará por contener cláusulas exorbitantes al derecho común, cosa que también sucede cuando, sin serlo por su objeto, contiene expresamente cláusulas exorbitantes al derecho privado, lo que hace que no estén en pie de igualdad.

Esta relación de superioridad o de hegemonía por parte de la Administración y de subordinación jurídica, ponen de manifiesto la clara diferencia que existe entre el mundo de los contratos privados y el de los públicos, en donde el primero se caracteriza por ser el campo de las relaciones de coordinación, mientras que el segundo se caracteriza por sus relaciones de subordinación que ponen la nota singular y demostrativa de la presencia del contrato administrativo que no deja de contener una serie de declaraciones de voluntad de la administración pública.

Bercaitz retoma los diferentes lineamientos sobre los contratos administrativos ensayando un concepto: “son, por su naturaleza, aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva,

razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica”¹⁷

La Ley de Contratación Pública regula a las entidades del sector público en la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios en donde requieran la participación de otra entidad del sector público o la intervención del sector privado o particulares, es por ello que existe una bilateralidad restringida o limitada a lo que exorbita al derecho privado y regula el derecho público y el interés general.

Los principios que regulan la contratación pública son: el de legalidad, el voluntad soberana, el de orden público y el de interés general, que se encuentran plasmados en la Constitución Política de la República, la Ley de Contratación Pública, La Ley de Administración Financiera y Control, La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley de Modernización, la Ley de Presupuestos del Sector Público y Reglamentos Especiales, que contienen a su vez las normas en las que se ha de encausar la contratación de esta naturaleza.

Este tipo de contratos contienen cláusulas técnicas, financieras y administrativas obligatorias, a más de otras que pueden consensuar las partes en virtud de la licitación o bases del concurso de oferta según sea el caso.

¹⁷ Bercatiz, Miguel Angel. Teoría General de Los Contratos Administrativos, Segunda Edición, DEPALMA, Bs. As. 1980, ps. 189 y ss.

De conformidad con el Art. 1561: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento y por causas legales”*

Para la formación de los contratos se adoptan una serie de decisiones cuya discrecionalidad se pretende disminuir, para ser lo más regladas posibles, buscando que de una u otra forma contengan la motivación suficiente para no lesionar los intereses de quienes participan tanto en la fase pre contractual como para los propios contratistas, al momento que pueden ser sometidos a las cláusulas exorbitantes que lo excluyan de la relación. En contratación pública el manejo de las otras formas de expresión de la voluntad de la administración es indispensable y su motivación lo es también.

2. EL ACTO ADMINISTRATIVO

Es otra forma de declaración de voluntad de la Administración Pública, la más frecuente y con la que atiende de manera efectiva e inmediata los fines de interés público de manera concreta, es por ello que nos detendremos un poco más en esta institución para conocerla de mejor manera.

El acto administrativo ha merecido innumerables ensayos a partir de sus elementos para definirlo, por lo que son precisamente estas características las que caracterizan su noción conceptual que resulta de conocimiento, tal como lo haremos en líneas siguientes.

La declaración que se expresa a través del acto, cuando se materializa involucra la concurrencia de algunos factores, que hacen distinta unas legislaciones y doctrinas con otras, en cuanto sus efectos jurídicos, cuya fuerza vinculante está dada por el ordenamiento jurídico.

La discusión sobre su perfil ha sido profusa, sobre todo en lo que dice relación con si son declaraciones unilaterales o bilaterales, individuales, unilaterales o generales, es decir con su alcance, así como de otros elementos constitutivos y con los efectos del acto administrativo, pero la mayoría de estudiosos como Cassagne, Escola, Gordillo, Sayagués Laso, atribuyen a esta figura jurídica características definidas, tal como lo hace Roberto Dromi, en su obra: "Derecho Administrativo" en cuanto al acto administrativo dice que es: " toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de manera directa¹⁸".

De este concepto se infieren una serie de características que determinan su naturaleza y permiten su adecuada formación hasta una feliz y efectiva consecución de lo previsto por la administración en tal o cual sentido. Del concepto que hemos partido en lo esencial podemos decir que:

El acto administrativo es una declaración.- El acto administrativo resulta de un ejercicio intelectual que se exterioriza mediante una "declaración", sea por el

¹⁸ Roberto Dormí. Obra citada Pgs. 345.

lenguaje que fuere –escrito, hablado o por signos convencionales-, declaración que tiene diversos contenidos:

* Cuando son típicas declaraciones de voluntad, dirigidas a un fin de la Administración: Ej. Nombramiento, autorización, sanción.

* Cuando son de cognición o de conocimiento que ponen a la administración al tanto de una situación y certifica actos o hechos de relevancia jurídica; y,

* Cuando son de juicio o de opinión que hacen a la administración valorar y juzgar sobre determinada situación, estado, acto o hecho: certificados de higiene, de salud, de buena conducta, de cumplimiento de normas técnicas o legales etc.

El acto administrativo es unilateral.- El acto administrativo por su formación u origen es unilateral, pues surge de la única voluntad del Estado, a través de sus órganos -en su gestión administrativa- aún cuando haya tenido como antecedente la voluntad del particular administrado¹⁹.

La voluntad concurrente o coadyuvante con que el particular actúa es solo un presupuesto básico o causa de su formación, pero no integra el acto.

Las circunstancias en las que el acto requiera de la voluntad administrativa de varios órganos administrativos, no disminuye la unilateralidad del acto, pues en

¹⁹ Esta activación por parte del administrado puede nacer de las peticiones, solicitudes, asentimientos, etc. que este realice.

este tipo de actos denominados “complejos”, no deja de intervenir la sola potestad del Estado, en actuación conexas de sus entidades.

En ejercicio de la función administrativa.- El acto administrativo se caracteriza justamente por ser el resultado del ejercicio de la función administrativa, sin interesar el órgano que la ejerce, pues puede emanar de cualquiera de ellos que actúe en gestión administrativa, de cualquiera de las funciones estatales (ejecutiva, legislativa o judicial), o de otros entes públicos no estatales, como en el caso de corporaciones profesionales, o en algunos casos de concesión que pueden establecer incumplimientos del usuario o contravenciones de las normas, siempre que no impliquen delegaciones exclusivamente reservadas para la Administración.

Produce efectos jurídicos.- Produce efectos jurídicos.- No toda la actividad de la administración producen efectos jurídicos, entendiendo como tales los derechos u obligaciones que genera para el administrado y/o la administración.

Estos efectos son directos, es decir que son intrínsecos a él, dependen exclusivamente de su existencia y no requiere de acto posterior para activarlos;

Los efectos son individuales en cuanto a su alcance subjetivo y concreto;

Los efectos deben ser actuales, presentes en el mismo momento y no potenciales;

Los efectos deben producirse dentro de la administración o hacia fuera de ella respecto de los administrados; y,

Los efectos son eminentemente de Derecho Público, aún cuando sus disposiciones permitan la asistencia excepcional del Derecho Privado.

El acto administrativo está destinado a producir una consecuencia legal que pone fin al conflicto o resuelve la situación que la autoridad tomo como presupuesto para el acto, subsumiéndola a la norma pertinente.

A demás el acto administrativo goza del principio de legalidad y de ejecutividad, por lo que los efectos previstos generalmente son acatados por la entidad y los administrados, salvo el caso de impugnación del acto sobre su legalidad y eficacia, y que, pueden suspender sus disposiciones, por resolución de la administración o de la justicia.

Además los efectos del acto sirven para:

1. Diferenciarlo de los demás actos jurídicos que producen las autoridades estatales, como los actos de carácter legislativo, los actos jurisdiccionales, los actos preparatorios o simples y otros como los contratos;
2. Posibilitar su control jurisdiccional; y,
3. Para determinar la competencia y la acción correspondiente respecto de los conflictos jurídicos originados por actos administrativos.

Los tratadistas han tomado diferentes criterios para referirse al acto administrativo, de entre los cuales destaca:

- El criterio orgánico o subjetivo, que lo considera como tal, cuando emana de un órgano administrativo del Estado, es decir el que atiende a la índole del órgano estatal que lo expida, que en este caso será el proferido por la Administración Pública, del cual es expresión técnico-jurídica: “Solo los actos que emanan de la Administración pública tienen valor formal de actos administrativos, sólo estos interesan al Derecho Administrativo”.²⁰ No obstante este criterio ha perdido vigencia, pues los demás órganos, que no pertenecen a la función ejecutiva, de otras reamas del Poder Público y los que no pertenecen a ninguna de ellas (control y electoral), sus actos pueden ser igualmente administrativos.
- El criterio material que conmina a sus efectos exclusivamente al carácter individual sobre situaciones concretas, que los diferencia de los actos de carácter general, como son los reglamentarios, a quienes nuestra legislación no reconoce como tales y les atribuye el carácter de norma jurídica de carácter administrativo, que tiene sustento constitucional y legal que establece un ordenamiento jurídico. En legislaciones como la colombiana, al reglamento se le atribuye la condición de acto administrativo, pero en realidad es una expresión de la capacidad de colegislación que tiene el poder ejecutivo²¹

²⁰ Fernando Garrido Falla, “Tratado de Derecho Administrativo”, Volumen I, Duodécima Edición. Editorial Tecnos S.A. 1994, pág 407.

²¹ Dr. Patricio Secaira. Cátedra de Derecho Administrativo “Teoría General del Derecho Administrativo. Módulo 1.1. 2003-2004.

- El criterio funcional involucra la actividad estatal administrativa que se ejerce para la expedición del acto, independientemente de las tres funciones clásicas o de otros órganos de las cuales puede emanar.

Según la doctrina el criterio funcional del acto administrativo alude a la situación jurídica que contiene, es decir al alcance de sus efectos jurídicos respecto de los destinatarios del acto, dentro de los extremos de generalidad e individualidad, o de abstracción y concreción.

El criterio funcional responde a características más comunes en el acto administrativo, no obstante empieza a desmoronarse, primero porque las funciones –mal llamados poderes- empiezan a entrelazarse, como cuando se dan actos administrativos que no resultan del ejercicio de la función administrativa, sino de otras funciones como la de control fiscal, electoral, legislativa e incluso judicial.

2.2 ACTOS ADMINISTRATIVOS REGLADOS Y DISCRECIONALES FRENTE A LA MOTIVACIÓN.

Todas las clases de actos administrativos: la autorización, la aprobación, la concesión, el permiso, la dispensa, la admisión, la renuncia, el orden, el registro y certificación y las sanciones administrativas, pueden ser más o menos discrecionales, siendo en la actualidad la tendencia a reducir la discrecionalidad en cuanto sea posible, haciéndola reglada al máximo, para lo que es necesario hacer esta distinción, pues esto influye directamente en su motivación.

2.2.1 ACTOS REGLADOS.

En la expedición de este tipo de actos, el funcionario se encuentra limitado en cada uno de sus aspectos, de manera que las circunstancias que tienen que ver con el hecho, el tiempo, el modo y otras consideraciones legales, se encuentran totalmente previstas y reguladas, donde la norma comprende la oportunidad, el mérito, la conveniencia y la consecuencia respectiva, es decir que prevén el sentido o contenido del acto. No se deja ningún aspecto suelto, ni concede libertad alguna para apartarse de la forma como se den tales aspectos en la realidad.

“El acto reglado es aquel que está sometido a un régimen específico, establecido en forma clara, precisa y concreta por la Constitución, la ley o reglamento, sin que pueda salirse de los límites legales”²², por ello la motivación que requiere se encuentra estrictamente en la norma que abarca de manera inequívoca los hechos tratados que son el antecedente tratado lógicamente para llevara a una decisión inobjetable, cuando el proceso intelectual ha sido adecuado.

La autoridad está vinculada íntimamente con la norma, pues es el mérito de las normas las que preestablecen su emisión y sus efectos; siendo en la actualidad la mayoría de decisiones que deben sujetarse a la observancia de algunos requisitos, internos y externos, cuyo cumplimiento lo arrojan a la vida jurídica con todo éxito, recordando que toda decisión tiene cierto grado de subjetividad

²² Hernán Jaramillo Ordoñez, Obra Citada. Ps. 209 y 210.

y que no existe la discrecionalidad absoluta, es por ello que los dos elementos en mayor o menor grado coexistirán en toda decisión.

La necesidad y valoración de lo fáctico, no debe responder solamente a aspectos técnicos, jurídicos y axiológicos, como la razonabilidad, proporcionalidad, la eficacia, la equidad, el bien común y el interés general, etc.; sino que además se debe someter al propósito y los objetivos de la administración en tanto exista norma que los comprenda, dejando en aptitud a la autoridad de tomar una decisión completamente motivada.

2.2.2 ACTOS DISCRECIONALES.

Estos actos resultan de atribuciones en cuyo ejercicio su titular es libre de escoger la oportunidad para su expedición, y/o determinar el contenido o sentido de la decisión, y/o valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así, como el destinatario del acto, por ello son denominados también actos de poder, donde la potestad de la autoridad se asiste de *“prudencia, sensatez y la reserva que la ley le otorga dentro de la esfera de su competencia”*.²³

Tomando estas facultades otorgadas al funcionario: para disponer y de libertad para proveer, se determina el grado de discrecionalidad del acto, cuantas más atribuciones tiene, en relación a la oportunidad, al mérito, al destinatario o a la

²³ Hernán Jaramillo Ordoñez. Obra Citada. P. 210.

conveniencia, la ley otorga a la autoridad mayor libertad, más aún si estas variables son concurrentes.

Es por esto que los actos pueden ser más o menos discrecionales, en relación al contenido, oportunidad y conveniencia.

El Presidente Gustavo Noboa Bejarano, mediante Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 12 de Octubre de 2002, expidió el **“Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública”**, en el cual se pone de relevancia la finalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión, determinando además: “La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión” (Art. 4); por lo que en el caso de los actos discrecionales se tamizan por la justificación que la autoridad argumente para adoptar la decisión, pues los otros elementos del acto administrativo están perfectamente delineados, siendo la justificación el instrumento de control para evitar la desviación de poder o falta de causa del acto.

La administración realiza en el acto de discrecionalidad, un juicio de oportunidad, por lo que su conducta no está exhaustivamente determinada por normas legales, sino por la finalidad a cumplir dentro del marco de la ley y se basa hasta cierto punto en valores morales, reconociendo las situaciones sujetas a su vigilancia o control, a fin de establecer los supuestos de hecho que le permiten tomar las medidas adecuadas valorando su mérito en relación al

interés general y al bien común, a fin de no incurrir en lo arbitrario, pues las medidas que el acto requiere proporcionalidad adecuada a la finalidad que se persigue, con pleno apego al ordenamiento jurídico (razonabilidad), respetando el procedimiento normativo pre establecido, que permita valorar las posibles alternativas y la relación costo-beneficio de cada una, incluido el impacto ambiental, ecológico, de seguridad, defensa, etc.

Pero esta discrecionalidad, que como se ha visto, está mucho más restringida doctrinariamente en cuanto dice relación a los conceptos jurídicos indeterminados: el “bien público”, el “interés público”, la “oferta más conveniente”, “en pro de los intereses institucionales”, “en aras de la institución”, son situaciones que lejos de motivar la decisión, la dejan en franca vulnerabilidad.

Estos conceptos en un Estado social de derecho se vuelven aún más difusos o latos, pues a lo largo de la Constitución y muchas de sus leyes, se los trae a colación con un sentido más declarativo tratando de abarcar tantas cuantas situaciones pudieren, lo que hace indispensable que no se dejen al azar o voluntad de quien pudiere invocarlas para resolver. Las lenguas mueren como murió el sánscrito y el latín, pero la ley permanece, aún la humanidad cambie sus conceptos y las posturas de un conglomerado no tengan igual connotación. Pero en el Derecho Público hay que evitar la infinidad de apreciaciones a que pueden surgir si se sueltan conceptos tan complejos como imprecisos sin darles el sentido que cada situación les puede brindar.

El Estatuto mencionado asistido en la doctrina, señala que estas fórmulas elásticas dejan un amplio margen de interpretación que deben ser manejados por la administración de una manera más restringida en su sentido material, pretendiendo que los hechos sean particularmente concretos, delineando un perfil exhaustivo de la situación que ha de manejar la autoridad sea plenamente determinable y la solución aplicada sea el corolario de los antecedentes inmediatos que la adornan, lo que inevitablemente arrojará una decisión no sólo legítima y legal si no además justa. Sin embargo la ley no siempre puede prever y reglar todas las posibles situaciones que se presentarán para especificar que se debe hacer o no en casos concretos, es por ello que los conceptos utilizados sean medidos y concordantes con los antecedentes o el mérito que implica invocarlos.

El empleo de los conceptos jurídicos latos o imprecisos no pueden darse cuando no van acompañados de una descripción que agote las características que permitan invocarlos, es decir, aterrizando en la situación, siendo determinados y concretos. Lo contrario no solo sería arbitrario y lesivo para los demás, implicaría su vulnerabilidad ante quién resulte afectado por dicha ligereza, en una suerte de actuación mayestática. (Art. 8 del Reglamento Para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública)

CAPITULO II

1. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1 Motivación noción conceptual.

La motivación no es un principio exclusivo de las decisiones de la Administración Pública, ni tampoco su tratamiento se reduce a la ley, pues es un principio constitucional de primerísimo importancia que forma parte de la Institución del Debido Proceso recogido por la Constitución Política en el artículo 24 dice: *"Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia"*, describiendo a la motivación en el número 13, por tanto, como lo veremos a continuación, en realidad es una garantía constitucional cuya violación es susceptible de la interposición del recurso de amparo constitucional, en virtud del Control Constitucional que de las decisiones de la Administración Pública, pueden hacer los jueces, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y finalmente el Tribunal Constitucional, lo que no obsta para que se puedan interponer, según la decisión administrativa que está en juego, los recursos subjetivo, objetivo y de lesividad señalados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; el Estatuto Jurídico del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva; la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; La Ley

Orgánica de Régimen Municipal, La Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito; etc.

Como queda dicho el número 13 del Art. 24 de la Constitución tipifica y desarrolla esta garantía cuando dice: *“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.”*

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada en su artículo 31 establece: *“Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”*.

En igual sentido se pronuncia su reglamento en el Art. 20 al decir que los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se encuentren debidamente motivados se considerarán violatorios de la ley.

Como lo hemos visto a lo largo de este análisis, existen factores que activan al aparato estatal, a través de sus órganos, así, cuando entra en conocimiento o

apreciación de los presupuestos, debe establecer adecuadamente su estructura interna desde la formación de su voluntad, que debe ser concomitante con la formación de voluntad que ha de expresarse en la decisión que se la autoridad se ve obligada a adoptar, justificando su cabal aplicación normativa para producir el efecto requerido de manera adecuada.

1.2 Características de la motivación.

Cuando se hace referencia a la motivación de tal o cual decisión, materialmente nos referimos a la circunstancia que hace que se llegue a tomar un camino u otro, el “let motiv”, el porqué, la causa, que hace que decidamos hacer o no algo. Estudio un pos grado en la Universidad Andina, porque voy a mejorar mi conocimiento profesional. Pero la motivación a la que nos referimos a lo largo de este estudio es una operación mucho más compleja que la enumeración de circunstancias. En un momento dado parte de la motivación para decidir el ascenso de un servidor público será su capacitación, pero como veremos la decisión se dará por la conjugación de algunos elementos concomitantes como el desempeño, etc.

La motivación jurídicamente es la explicitación de las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, conjugadas de manera armónica, precisa, pero sobre todo exhaustiva.

En virtud de los principios del Derecho Administrativo las decisiones de la administración deben ser claras y sus contenidos precisos, exentos de

ambigüedad o parcialidad, de tal forma que quienes deban acatar o asumir sus efectos, perciban la verdad de los hechos y la exactitud de su contenido.

Mientras que para fundamentar es necesario dar razones que justifiquen el curso de una acción, explicar requiere la simple enumeración de antecedentes causales de la acción, por lo que la motivación es una categoría más compleja que la simple explicación del uso de las potestades (el uso desgasta), sino más bien el ejercicio de dichas potestades (el ejercicio fortalece) demostrando que la decisión es legal y racionalmente justificada, conjugando adecuadamente, para producir la mejor decisión que racionalmente la ley haga posible.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva dice:
“Art. 94 No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: ...c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuan manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento. ...así como los actos que no se encuentren debidamente motivados”

La motivación de las decisiones de la administración deben ser producto del intelecto de la autoridad para someter, con la certeza de los hecho bajo su conocimiento que, aplicando los principios lógicos supremos del pensamiento invoquen las normas más certeras de que pone a disposición el Derecho Público -asistido de su experiencia-, resuelva adecuadamente produciendo los efectos esperados por los actores involucrados.

Por tanto en dicho proceso se observará coherencia en cuanto la razón que induce a decidir de una u otra manera sea suficiente, manteniendo una verdadera estructura de pensamiento, de manera conjugada, concordante y conveniente de sus elementos básicos; arrojando un nuevo resultado que proviene de todo lo procesado intelectualmente.

Por tanto las decisiones de la autoridad serán congruentes, si los antecedentes de hecho y de derecho guardan adecuada correlación y concordancia; no serán contradictorias, es decir eliminado contrastes entre sus postulados que terminen anulando a unos y otros; debe ser inequívoca, sin lugar a dudas sobre el alcance y significado de las conclusiones a las que arriba. Si el proceso es inadecuado más tarde o más temprano su impugnación dará al traste con la pretendida solución tomada.

“La motivación permite establecer la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada”²⁴

La motivación aparece como elemento indispensable que garantiza y evita la arbitrariedad en el accionar de la autoridad que pretende encasillar a la actividad administrativa en el andarivel de las normas que proporciona el Derecho Público y limita la discrecionalidad que en un momento dado se hace necesario proporcionar para su desenvolvimiento.

²⁴ Emilio Fernandez Vázquez. Diccionario de Derecho Público. Editorial De Palma,. 6ta Edición. Bnos Ars. Pg. 505.

Eduardo García de Enterría lo manifiesta con solvencia: “... *la Ley obliga a la administración a motivar la mayoría de sus decisiones, lo que quiere decir a hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales las mismas se apoyan*”²⁵. Situación que debe constar en el propio texto de las decisiones, no simplemente aludiendo determinados hechos o situaciones preexistentes y las normas que los acogen para tomar la resolución prevista legalmente.

*”Este es un requisito que, por cierto, fue un logro tardío de la doctrina, pues el absolutismo hacía de la no motivación una regla de prestigio...”*²⁶, a tal punto que en la actualidad muchos estados la han incorporado como garantía constitucional y parte del Debido Proceso.

*“ La motivación es un requisito típico no de todos los actos administrativos, pero sí de la mayoría de los actos de juicio (actos consultivos o dictámenes, típicamente), porque la motivación es justamente la expresión racional del juicio en que consiste”*²⁷, esto nos indica que la motivación es de vital importancia para ejercer la autotutela de las decisiones administrativas, pues permite a su propio emisor advertir la pertinencia de su pronunciamiento.

La motivación intelectualmente permite mantener el control de la causa de la decisión que debe estar presente desde el momento mismo en que la autoridad tiene conocimiento sobre el asunto que ha de atender, salvo en el caso en que la motivación sea una derivación de otros hechos que no han sido procesados

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo t. I 5ta. Edición. Civitas. Madrid 1990. Pg. 132.

²⁶ Ibidem. P. 132

²⁷ Ibidem. P. 133

por la administración, como en el caso del silencio administrativo, que como hemos indicado encuentra motivación en la pretensión del administrado, pues el proceso lógico y jurídico nace de este último, cuando la autoridad no atiende el requerimiento, por lo que se convierte en un razonamiento justificativo de su ejecución.

Es indispensable entender que si bien la parte dispositiva de la decisión es la que determina los efectos jurídicos, es indispensable reconocer sus fundamentos, subsumiendo de manera lógico-jurídica, para que la conclusión final del examen sea la perfecta conjugación de los antecedentes de hecho y de derecho, para un pronunciamiento que goce del reconocimiento colectivo, y termine reforzando la seguridad jurídica que requieren las decisiones de la autoridad.

1.3 Elementos.

La motivación tiene como elementos indispensables:

b.2.1. Los fundamentos de hecho.- Como hemos indicado, es de vital importancia el tratamiento de los antecedentes fácticos que impulsan a la autoridad o le exigen tomar una decisión. Su ordenamiento cronológico, sistemático, coherente e interrelacionado, permite manejar mejor y advertir el abanico de posibilidades que en un momento dado puede arrojar. La ley no siempre es taxativa, su contenido puede brindar alternatividad o variación en la intensidad o severidad de sus presupuestos, por lo que conocer al detalle la situación, puede modificar el ánimo de la autoridad al momento de imponer una sanción o levantar una prohibición para conceder licencias o permisos,

conforme a la ley, sobre todo cuando hay cierto viso de discrecionalidad en la posible decisión. *“En primer lugar es necesario que los motivos sean expuestos de una manera concreta y precisa, no siendo suficientes las referencias vagas y simples...Las expresiones genéricas como mejor servicio, altos fines, interés del pueblo, general conveniencia etc., no sirven para motivar el acto y constituyen meros circunloquios.”*²⁸²⁹ Estas apreciaciones están recogidas por el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública.³⁰ **(ver anexo 3)**

b.2.2. Los fundamentos de derecho.- Se podría decir que al momento de conocer una realidad se deben tener claras las reglas del juego –seguridad jurídica- para que la autoridad aprehenda los hechos y los someta a las hipótesis formuladas por la ley, presupuestos que se originan en la necesidad de ir tipificando las nuevas situaciones sociales convirtiéndolas en jurídicas en cuanto su incidencia general así lo exija, no con efecto retroactivo sino para situaciones futuras análogas, sin dejar de recordar que en el Derecho Público única y exclusivamente se puede hacer lo que determina la ley.

b.2.3. El proceso lógico-jurídico.- El manejo de los elementos anteriores requiere de su integración perfecta, es ahí donde el esfuerzo intelectual del órgano o de la autoridad debe ser exhaustivo pero por sobre todas las cosas asistido de las reglas y principios de la lógica, como el de identidad, el de

²⁸ Emilio Fernández Vázquez. Obra Citada. P. 505

²⁹ Circunloquio. “Rodeo de palabras para dar a entender algo que hubiera podido expresarse más brevemente” La Enciclopedia. Salvat Editores. Pg 3278. Tomo 5. 2004 Madrid España.

³⁰ Decreto Ejecutivo 3179. R.O. 686 18 de Octubre de 2002

razón suficiente, el de contradicción, el de tercero excluido, van a ser los puntales para concluir de manera adecuada en la decisión correcta.

1.4 Pertinencia de la motivación a los hechos y a la norma.

La Constitución ecuatoriana -como dijimos- establece una serie de derechos, garantías y deberes, fundamentales para la armónica convivencia social de todos sus habitantes, sin discriminación alguna y acorde a los tratados internacionales vigentes, para lo cual el Estado está facultado a tomar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos, siendo la administración y/o la función judicial las encargadas de su inmediata y directa aplicación.

Una de las garantías básicas es el Debido Proceso, consagrado en el Art. 24 de la Carta Magna, que contiene una serie de disposiciones básicas a observar por parte de quien administra justicia, dirige un asunto administrativo o toma una decisión que pudiere afectar intereses particulares, pues su inobservancia determina la vulnerabilidad de la resolución y la posible ilegitimidad o inejecutabilidad del efecto querido.

El Art. 24 de la Constitución como hemos indicado establece en el número 13 la motivación, pero también establece que la inadecuada o insuficiente motivación se tendrá por inexistente: *“No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas y principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*.

La Ley de Modernización en su Art. 31 conceptualiza a la motivación, mientras que su reglamento la define en su Art. 20, cuando dice: “*La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros **deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión** de manera que los interesados los puedan conocer directamente*”, tal como analizaremos en un recurso subjetivo planteado por Julio César Zuñiga Rocano, en el Capítulo III, número 2. **(Ver Anexo 2)**

Por tanto la motivación resulta de la aplicación de la operación lógica-jurídica que la administración (pública o de justicia) aplica o debe aplicar al momento de decidir o dentro de su gestión, más aún cuando involucra derechos de las personas, pero dicha operación debe representarse y hacerse constar en el documento que materialice la decisión, no siendo válido hacer alusiones o referencias ajenas a la integridad de la decisión, no pudiendo invocar informes o dictámenes si su texto no ha sido incorporado en el propio texto de la decisión que se toma, debiendo formar parte de un todo indivisible, pertinente, adecuado y formal, lo que contrasta con el fallo recaído dentro de la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Crnl. de Ems. José Alfredo Mejía Hidrovo en contra de los Decretos Ejecutivos: No. 1185 de 30 de enero de 2001, mediante el cual le colocan en situación de disponibilidad; y, No.1680 de 18 de julio de 2001, mediante el cual le dan la baja. **(Ver Anexo 1)**.

Vale destacar que uno de los postulados esenciales para el conocimiento de un asunto que debe ser procesado legalmente, tal como lo destaca el Dr.

Vladimiro Villalba en sus magistrales disertaciones universitarias, es el establecimiento material o fáctica de la situación que debe ser cronológicamente ordenada y exhaustivamente analizada, a tal punto que en dicho proceso vaya advirtiéndose o configurándose el presupuesto legal que deba aplicarse inequívocamente y que arroje una decisión inobjetable, perenne, legítima, donde la motivación sea evidente de principio a fin, que aparezca en el texto coordinando los hechos con la norma y justificando la adopción de la decisión, aún cuando haya cierta discrecionalidad en ella.

En conclusión la motivación es, *-a más de esencial-*, un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y fáctica que se alega en el texto del acto, situación que en la práctica no se cumple, cuando la autoridad hace referencia o alusión a informes previos o a documentos supuestamente vinculados que no forman parte del texto de la decisión, por lo que esta falencia evidencia su falta de motivación, tal como veremos más adelante en el análisis del juicio planteado por el Dr. Julio César Zuñiga en contra de la Universidad de Cuenca. **(Ver Anexo 2).**

Se debe comprobar si el hecho invocado por el autor de la decisión como determinante de su actuación, existió en la realidad. Para ello debe atenderse a la documentación que se adjunte con la decisión. Si ella merece reparos o alguna objeción, o si es discutida o impugnada por un particular, agraviado por dicha decisión administrativa, habrá que comprobarlo. Si el hecho invocado no es real, no existe, es obvio que el actuar de la Administración será contrario al derecho, pues carecerá de motivo.

Si el hecho existe y es real, puede suceder que no sea el hecho tipificado por la norma como situación fáctica habilitante para que actúe el administrador. En tal caso, como la decisión administrativa en cuestión no se ajusta a derecho, debe ser observada por el órgano de control.

La obligación de motivar el acto administrativo discrecional se exige como un elemento externo que pruebe que ese poder se ejerció dentro de los límites legales. Todo ello con el objeto de lograr el control sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.

CAPITULO III.

1. Vicios de las decisiones de la administración.

1.1. Anulación, anulabilidad y nulidad.

La anulación es la actividad del operador del derecho –juez o autoridad- mediante la cual se hacen efectivas las consecuencias de los supuestos que causan la invalidación del acto administrativo, cuando tiene ocurrencia. Gramaticalmente se diría que es la acción de anular.

La anulabilidad en cambio es la condición que ofrece una decisión administrativa de merecer ser anulada o invalidada, por estar afectada por una causal de nulidad; es la situación que ofrece al estar viciada de nulidad. La decisión inicialmente se presenta válida y puede cumplirse mientras no sea suspendido provisionalmente u objetado, declarado nulo o derogado conforme a la ley, como en el caso de Vicios que impiden la convalidación del acto administrativo señaladas en el Art. 94 del ERJAFE.

La nulidad es aquella situación de la decisión administrativa que existió jurídicamente, pero que el juez o el administrador invalidó por haber hallado en ella afectación por cualquier causal instituida para ello. La nulidad es consecuencia de la anulación. La decisión declarada nula o anulada torna inexistente *per sé*, o sea que no opera de jure, sino como resultado de la declaración del administrador o del juez, por lo que se requiere de objeción o interposición de recurso administrativo o judicial por parte del afectado. En caso de la falta de motivación de un acto este debe ser evidenciado mediante tales acciones. La reforma o extinción debe basarse en razones de oportunidad, cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido el acto, sin efectos de retroactividad.

La extinción de oficio por razones de legitimidad debe ser adoptada cuando existan vicios que no puedan ser convalidados o subsanados. Art. 93 ERJAFE.

La ley distingue los vicios de forma y vicios sustanciales, sin embargo la objetabilidad de unos y otros debe darse de manera positiva para que se corrijan las violaciones o para que no produzcan efectos jurídicos.

Uno de los vicios que impiden la convalidación del acto se da cuando los presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto por la norma legal que se cita como sustento, es decir cuando no existe motivación correcta. Art. 94 literal c) ERJAFE.

La falsa motivación alude al elemento causal de la decisión, que consiste en las circunstancias de hecho y/o derecho que sirven de fundamento o determinan la decisión o la declaración contenida en ella. Este vicio se

presenta cuando la sustentación fáctica carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica, de allí que se dé por falsedad en los hechos, cuando se invocan hechos que no ocurrieron o que se describen en forma distinta a como ocurrieron; o por apreciación errónea de los hechos, de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que se invocan.

La falsa motivación afecta la validez del acto, cuando el error afecta el sentido de la decisión, de allí que los errores puramente formales no generan la nulidad de la misma.

Es muy distinta la falsa motivación de la falta de motivación, aún cuando la propia Constitución le da el mismo efecto. La falsa motivación es un evento sustancial, que atañe la realidad fáctica y jurídica de la decisión; y la falta de motivación es un aspecto procedimental, formal, ya que está en la omisión de expresar los motivos de la decisión.

La decisión puede estar motivada, al indicar los motivos, pero en realmente estar falsamente motivada, pudiendo ser legal pero viciada la decisión, pero podría ocurrir lo contrario, que la nulidad surja de la falta de motivación por tanto aparezca el vicio de forma que la afecte.

La Convalidación o saneamiento. Permite a la autoridad que se halla frente a una decisión administrativa anulable, objetada por el administrado interesado o por *motu proprio*, sanear el vicio, dando validez plena al acto o puede

extinguirlo, dejándolo sin validez ulterior. Para sanear el defecto que reviste un acto puede recurrir a lo que en doctrina se denomina saneamiento, convalidación o perfeccionamiento, resultando ser el saneamiento el género y la convalidación o perfeccionamiento sus especies.

Sin embargo la falta de motivación de una decisión no es susceptible de saneamiento o convalidación, pero podría ser objeto de confirmación.

La confirmación es la renuncia a oponer la nulidad por quien puede invocarla y es aplicable como medio de saneamiento en el derecho administrativo, pues las nulidades administrativas no sólo están dadas en interés de las partes, sino también en el interés público, es entonces que la administración tiene la posibilidad de extinguir o pedir judicialmente la extinción de la decisión al amparo del recurso de lesividad consagrado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que en su artículo 23 establece: *“Derecho de comparecencia.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, puede comparecer: ...d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.”*

2. Inexistencia y nulidad de las decisiones de la Administración Pública.

La inexistencia es una noción conceptual que se aplica a aquellos supuestos en que existe una conducta que no podemos clasificar ni denominar bajo ninguna de las modalidades de decisión de la administración pública, ni siquiera nula. Para Hutchinson la categoría de acto administrativo inexistente

se subsume en la noción de vías de hecho, de la cual es una especie; por lo que es inútil en derecho administrativo como categoría autónoma dentro de la teoría de las nulidades. Gordillo estima que a pesar de no estar prevista por la ley, es una categoría lógico-jurídica de todos modos aplicable.

La inexistencia jurídica de la decisión administrativa es un problema fáctico, una posibilidad real, en cuanto ocurre de manera independiente de que la ley la tenga regulada o no, pues cuando un juez o cualquier operador del derecho se halle frente a una actuación que de bulto carezca de la apariencia de decisión motivada, no tiene más que declarar la inexistencia del mismo, o impedir que surta efectos.

Más prudente y adecuado a nuestra realidad resulta el criterio de Pithod que insta a no confundirse por el significado semántico, “actos jurídicos inexistentes”, sino que hay que atenerse al conjunto de consecuencias jurídicas que para tal definición la legislación le asigne, en una suerte de aglutinación de consecuencias, al punto de instaurar un conjunto de sanciones para el acto o decisión intensamente vulnerada por la ilegitimidad.

Nuestra legislación no ha previsto la inexistencia jurídica de las decisiones administrativas, salvo que las violaciones tanto formales como esenciales denoten claramente que son incipientes al punto de que no sean legítimas, sin embargo la mayoría de disposiciones, resoluciones judiciales y constitucionales equiparan la nulidad con la inexistencia, cuando jamás se puede anular lo que no existe. “Se colige, entonces, que la prescindencia de uno o más de aquellos

elementos, hacen que el acto sea nulo, es decir inexistente” Sala de lo Administrativo en sentencia de 10 de septiembre de 1993³¹

Sin embargo de que legalmente nuestro sistema no reconoce la teoría de la inexistencia jurídica, nuestras normas aparentemente la asumen como en el Art. 94 del ERJAFE que establece los vicios que impiden su convalidación.

No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: ...c) Aquellos actos cuyos supuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

En cambio la *anulación* de las decisiones de la administración las suprime o desaparece del mundo jurídico a instancia de parte, esto es, en virtud de acción administrativa o de acción contencioso administrativa. La anulación afecta directamente la existencia de la decisión administrativa, partiendo del supuesto de que el acto administrativo existe y se presume legal, se pasa a tener como si no hubiera existido.

El administrado en un momento dado puede llegar a desobedecer un acto manifiestamente nulo o inexistente, sin que pueda castigarse a la persona que desobedeció el acto, pero si el acto es válido o anulable, el remiso cargará con las consecuencias y sanciones correspondientes a su incumplimiento; sin que esto afecte, la continuidad de la acción administrativa, ni el efectivo cumplimiento de las decisiones válidas o inválidas anulables, ni supedita el

³¹ CUEVA Carrión Luis. "Nueva Jurisprudencia" Tomo II. Pág 57 Impreseñal 1996 Quito Ecuador.

cumplimiento de los actos administrativos a la sola voluntad de los administrados.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva a partir del artículo 89 se refiere a la extinción y reforma de los actos administrativos que expiden los órganos y entidades que regula, en el ámbito administrativo y a instancia del administrado o de oficio por razones de oportunidad o legitimidad.

La impugnabilidad de estos actos se hace posible a partir del reconocimiento de su existencia. Lo contrario solo podría imaginarse en tanto se trate de situaciones en las que el acto administrativo no se perfeccionó o no se formó siquiera en apariencia, de modo que a simple vista se descarta como tal, de modo que mal puede existir decisión administrativa, cuando no tiene requisitos esenciales para ello. En teoría el acto nulo absoluto o inexistente es un acto irregular; no goza de presunción de legitimidad; no tiene estabilidad. En consecuencia aquellos actos que interrumpen la observancia constitucional serán susceptibles de esta severísima sanción: serán absoluta e insanablemente nulos. Serían considerados como si nunca hubiesen existido.

3. Efectos jurídicos de la falta de motivación de las decisiones de la administración pública.

La actividad estatal es jurídica y en su desarrollo deben aplicarse ciertos principios y valores de carácter jurídico, entre los que se destaca la motivación, tal como hemos visto a lo largo de este análisis.

Las decisiones de la administración gozan del principio de presunción de legitimidad, es decir se supone que sus resoluciones han sido dictadas conforme a derecho, que su emisión responde a todas las prescripciones del orden normativo.

La ley prevé formalidades esenciales, sustanciales y complementarias.

Esenciales son aquellos requisitos necesarios para que la decisión forme parte de la realidad jurídica y produzca los efectos deseados, es decir para que exista. Su carencia lo hace inexistente, situación que como hemos dicho solo se reconoce cuando es groseramente evidente, de lo contrario deviene en la posibilidad de objetarla.

Sustanciales son aquellas que la ley señala necesaria para la validez de la decisión, sin ellas la decisión existe pero es nula o anulable.

Las complementarias son aquellas que posterior a la decisión y otorgamiento de la misma se debe cumplir en virtud de la ley para la eficacia de la misma, sin ellas la decisión existe es válida pero no produce los efectos queridos.

Es por ello que aún cuando las decisiones de la administración tuvieran o no vicios manifiestos, en virtud del principio de legalidad, validez o juridicidad, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada adecuadamente.

La motivación de las decisiones de la administración, en muchos casos es indispensable, limita su actividad y está señalada por la Constitución, sin este principio se lesionan intereses legítimos o derechos subjetivos, por lo que la propia Constitución y la ley confieren a los administrados los medios jurídicos necesarios para el control administrativo o judicial de tales decisiones.

Al control jurisdiccional le corresponde verificar si la Administración ha cumplido con la actividad reglada o ha desbordado los límites de la actividad discrecional.

3.1. IMPUGNACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA.

Las decisiones de la administración que gozan del presupuesto de legalidad, legitimidad y ejecutoriedad, son generalmente impugnables, contradecibles mediante recurso en sede administrativa conforme lo establecen tanto el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, como las normas que regulan cada ente gubernamental específico, según sea el caso.

En el caso de las entidades que poseen un régimen jurídico especial o específico, son aquellas normas las que han de perfilar la manera, modo, procedimiento, plazos o términos bajo las cuales se ha de resolver la impugnación. En el caso de las resoluciones que emanan del Comisario Municipal, su decisión puede ser impugnada mediante el correspondiente recurso jerárquico para ante el Alcalde de la jurisdicción cantonal respectiva.

El control de la Administración tiene por *finalidad* la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados. Por tal motivo, a través de la impugnación se intenta restablecer la legalidad administrativa cuando ella ha sido violada u obtener su restablecimiento, conjugándola con la observancia de las situaciones jurídicas subjetivas particulares. Es decir, se intenta armonizar la defensa de los derechos subjetivos con el *interés público* que gestiona la Administración Pública.

En cuanto a lo que tiene que ver con el ERJAFE, que regula la mayoría de las decisiones de la función ejecutiva, se prevé varios tipos de recursos que el administrado puede interponer:

- a. De conformidad lo que dispone el Art. 170 del ERJAFE, cuando existan errores materiales, de hecho o aritméticos, en una decisión, se pueden corregir por la propia administración en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado. De igual modo la Administración Pública, podrá revocar en cualquier momento, los actos de gravamen o desfavorables, siempre que ello no signifique dispensa o exención no permitida por la ley;
- b. Recurso de apelación. Art. 173 ERJAFE. Es procedente cuando aquél se interpone contra las resoluciones y los actos de trámite si ellos deciden el fondo del asunto y acarrear la imposibilidad de continuar con el procedimiento, producen indefensión o perjuicios de difícil reparación a derechos e intereses legítimos. Este recurso podrá ser presentado en el plazo de 15 días siguientes al día de notificación y de la resolución de apelación no cabe más recurso que el extraordinario de revisión.
- c. Recurso de Reposición.- De las decisiones que no ponen fin a la vía administrativa, se puede interponer este recurso, ante el órgano que lo dictó, o ser impugnado en apelación ante la máximo organismo de dicha administración, cuando se afecten derechos subjetivos del administrado. Si el acto fuera expreso el plazo de interposición es de 15 días y si no lo es, el plazo se extiende a dos meses desde el día siguiente a la

notificación. El plazo de resolución es de dos meses, de la cual sólo cabe recurso de apelación o la acción contencioso administrativa.

- d. Recurso de Apelación. Art. 176 ERJAFE. Las resoluciones y actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en apelación ante el máximo órgano de la administración, se haya o no interpuesto el recurso de reposición e incluso cuando se haya negado.
- e. El Recurso extraordinario de Revisión. Art. 178 ERJAFE. Se puede interponer por el administrado o por la máxima autoridad de la Administración Pública, cuando los órganos centrales o autónomos, sus subordinados o entidades adscritas, hubieren emitido: decisiones o actos con evidente error de hecho o de derecho; cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al momento de expedir la decisión o el acto; cuando la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados mediante sentencia ejecutoriada, anterior o posterior a la decisión; y, cuando tengan como antecedente uno o varios actos tipificados y declarados judicialmente como delitos en sentencia en firme, cometidos por funcionarios o empleados públicos. Este recurso podrá interponerse en el caso del aparecimiento de documentos trascendentes e ignorados al decidir, y en 3 meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, dentro de los 5 años desde la vigencia de la resolución.

La interposición de cualquier recurso, salvo disposición en contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado, pero quien deba resolver deberá

ponderar entre el interés público o de terceros y el perjuicio pudiere acarrear su ejecución, pudiendo suspender tales efectos de oficio o a petición de parte a la cual se aplica el silencio administrativo.

3.2. Control Constitucional, demandas y recursos.

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción nacional con sede en Quito, tiene competencia para conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, sea de fondo o de forma, en contra de las decisiones emanadas de los órganos de las instituciones del Estado, procedimiento mediante el cual se puede suspender total o parcialmente sus efectos.

En lo que tiene que ver con los actos administrativos emitidos por la autoridad pública, este tribunal está en la aptitud de conocer y resolver sobre su inconstitucionalidad, pudiendo revocarlos y adoptar las medidas necesarias para imponer el respeto de las normas constitucionales.

3.2.a. Demanda de Inconstitucionalidad.- El administrado puede presentar demanda de inconstitucionalidad, en contra de las decisiones de los órganos de las instituciones del Estado, previo el informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia (*hipótesis más adecuada a la impugnación de actos administrativos*);

La demanda de inconstitucionalidad podrá plantearse en contra de las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas

individuales (actos administrativos), así como los de mero trámite que influyan en una decisión final.³²

La Constitución prevé que la invocación que pretende la declaratoria de inconstitucionalidad, pueda ser planteada por mil ciudadanos en goce de derechos políticos, en atención a la clase de decisión que se pretende impugnar (*situación más adecuada a la impugnación de Ordenanzas, Reglamentos, Decretos u otras decisiones de carácter general.*), lo que conlleva a que mientras el Tribunal busca la prevalencia de la norma suprema, el interesado busque la declaratoria de inconstitucionalidad por aspectos subjetivos o legítimos intereses; la autoridad persiga convalidar la legitimidad de su actuación; hasta determinar si se debe o no dejar sin efecto la disposición o extinguir el acto administrativo, pero no lo anula.³³

³² Art. 25.- *Presentada la demanda, el Tribunal actuará ceñido al procedimiento señalado en los artículos 20 y 21 de esta Ley, pero el término para resolver, será de quince días.*

Art. 26.- *La resolución del Tribunal que declare la inconstitucionalidad del acto administrativo, una vez que se publique en el Registro Oficial, conlleva la extinción del mismo, en consecuencia no podrá ser invocado o aplicado en el futuro. Dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria. **Ley de Control Constitucional.***

³³ *La demanda deberá expresar con claridad y precisión los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión, el Tribunal la califica en el término de 3 días, si fuere clara y completa o mandará aclararla o completarla en igual término. Calificada mandará a citar al órgano que hubiese sancionado o expedido la norma jurídica impugnada; para que la conteste en el término de quince días.*

La demanda y la contestación deben contener las pruebas de los actos o hechos que las fundamenten; salvo que se discutan asuntos de puro derecho.

A petición de parte se podrá convocar a una audiencia pública para que las partes expongan oralmente, por una sola vez, durante treinta minutos cada una.

La resolución se emitirá en el término de treinta días desde la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda o de la audiencia pública.

*Los decretos, ordenanzas o reglamentos en cuanto la parte que se declare inconstitucional, dejará de tener vigencia desde la publicación en el Registro Oficial, dejando de existir del mundo jurídico. **Capítulo III LEY DE CONTROL CONSTITUCIONAL.***

Las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas, antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad, tendrán aplicación durante su vigencia, pues la resolución no tiene efecto retroactivo, pero por el principio de seguridad jurídica, del principio de presunción de legitimidad, no pueden dejarse sin efecto.

Cuando las decisiones que carecen de motivación, son sometidas a la acción de inconstitucionalidad no procede la anulación de las decisiones de la administración, solo las suprime o desaparece del mundo jurídico a instancia de parte, tanto así que si no se plantea esta demanda u otra pertinente, su vigencia y aplicación es perfectamente válida, por lo que surtirá los efectos queridos.

El Tribunal puede conocer sobre los recursos de amparo y de habeas data que se pudieren proponer en contra de las decisiones de la administración.

Nuestra legislación establece como medida preventiva excepcional, la suspensión de ejecución de un acto impugnado, pero cuando no se suspende la ejecución, cuando es sometido al control constitucional hasta declararlo contrario a la norma suprema pero, ha sido ejecutado o consumado, dicha declaratoria debe llevar implícita la garantía indemnizatoria o reparatoria de los daños causados por su ejecución.

3.2.b. DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos,

convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador; y siendo la motivación una garantía constitucional de primerísimo orden, cuando dicho atentado proviene de la administración pública, por su ilegítima decisión, sea que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos, pues lo que está en juego es la vigencia y respeto de la Constitución, incluso como mecanismo de control de la actividad de autoridades y funcionarios.³⁴

Una de las características importantes de este recurso, que de cualquier manera resulta mucho más rápido que cualquier otro tipo de impugnación, radica en que se puede solicitar medidas cautelares necesarias para asegurar

³⁴ Art. 49.- En el mismo día en que se plantee el recurso de amparo, el juez o tribunal, convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, sin perjuicio de ordenar simultáneamente, de considerarse necesario, la suspensión de cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos protegidos.

Art. 50.- La no comparecencia a la audiencia de la autoridad acusada del acto materia del amparo o de su delegado no impedirá que aquella se realice, ni que el juez o tribunal adopte su resolución. La ausencia del actor se considerará como desistimiento del recurso, sin que pueda volver a plantearlo sobre los mismos hechos. Sin embargo, podrá convocarse, en uno u otro caso, a nueva audiencia, si la no comparecencia de parte provino de fuerza mayor debidamente comprobada.

Art. 51.- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia el juez o tribunal concederá o negará el amparo. De admitirlo ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva. De negarse el recurso se revocarán tanto la suspensión provisional del acto u omisión impugnados, como de las medidas preventivas, de habérselas dictado. La resolución será inmediatamente notificada a las partes.

Art. 52.- La concesión del amparo será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional, ante el cual procederá también el recurso de apelación de la resolución que lo deniegue, debiendo en uno u otro caso remitirse lo actuado al superior dentro de las veinticuatro horas subsiguientes de ejecutoriada la resolución que admita o deniegue el recurso.

El recurso de apelación deberá ser interpuesto una vez notificada al actor y antes de ejecutoriada la providencia que deniegue el amparo, dicha notificación se hará en el domicilio señalado en la demanda de amparo.

la protección de los derechos objeto del recurso, que en el caso de falta de motivación de las decisiones de la administración, pues lo que pretende es evitar que surta efectos jurídicos lesivos.

Se habla de recurso de amparo, cuando en realidad se trata de una acción judicial –procesalmente activa- que ha de plantearse ante un órgano estatal distinto del que emitió la decisión impugnada, en este caso carente de motivación, lo que lesiona, restringe o altera la garantía constitucional del Debido Proceso, y lo vuelve un acto lesivo y mediante el amparo se impedirá que surta efectos, lo que no obsta para que ulteriormente se pueda corregir esta falencia si la facultad de la autoridad no ha precluido, prescrito o si debe recurrir a la institución poco aplicada de la lesividad para corregir su desafuero. En este sentido, se plantea un caso de jurisdicción constitucional, entendida como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución.

3.3. SUSPENSIÓN JUDICIAL DE EJECUCIÓN DEL ACTO. Los administrados tienen como garantía la suspensión de la ejecución del acto administrativo frente a la prerrogativa que la Administración Pública tiene para obtener el cumplimiento del acto por sus propios medios o ejecutarlo mediante mecanismos inherentes a sus funciones, es por ello que cuando se sientan agraviados por un acto administrativo y formulen impugnación ante los órganos jurisdiccionales, pueden solicitar que se impida su ejecución, debiendo el operador de la justicia discernir si su ejecución ocasionaría un daño de graves consecuencias, si su reparación fuere más gravosa que la propia suspensión

de efectos o inclusive fuere imposible. Dicha suspensión puede estar también prevista por la ley, sustituyéndola con la rendición de fianza o garantía

En el proceso judicial se puede alegar la anulación total o parcial de la decisión administrativa impugnada pero además, si fuera el caso, el restablecimiento o reconocimiento de la garantía soslayada, el derecho desconocido o la obligación inobservada, por lo que mediante resolución del Tribunal Constitucional o sentencia judicial se puede declarar la nulidad total o parcial del acto impugnado, su extinción de la vida jurídica y por su puesto la cesación de sus efectos jurídicos.

Se busca la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas a favor del administrado que puede impugnar las decisiones administrativas mediante procedimiento administrativo, en protección de sus derechos subjetivos para hacer efectiva la responsabilidad precontractual, contractual o extracontractual del Estado, por la arbitrariedad cometida; y, en ejercicio del control jurisdiccional para reclamar sus derechos vulnerados por el accionar ilegítimo de la administración pública. Las vías constitucionales: Recurso de Amparo, hábeas data, hábeas corpus, acción de inconstitucionalidad; y las vías administrativas y judiciales: Recursos administrativos, recursos contencioso administrativos, inaplicación de normas que el operador de la justicia considera inconstitucionales, son las armas que el particular tiene para atacar la arbitrariedad, ilegalidad o ilegitimidad en el accionar público.

Es indispensable analizar el hecho que motiva la decisión, la circunstancia fáctica que inspira al órgano administrativo a actuar y emitir la decisión, resolviendo la necesidad pública del caso.

En cuanto al recurso subjetivo la decisión final tiene un campo de acción más amplio que en las otras acciones, ya que para atender el derecho subjetivo vulnerado puede anular el acto y resarcir los daños y perjuicios. En consecuencia, la acción de plena jurisdicción procede cuando invocándose agravio a un derecho subjetivo, se persigue la *anulación* de algunos de los actos impugnables, el consiguiente restablecimiento del derecho que se dice agraviado y la reparación del daño ocasionado. El juez, en el conocimiento de esta acción tiene jurisdicción plena; de ahí el nombre de esta vía jurisdiccional, que se basa en una pretensión que persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en forma exclusiva.

En tanto el recurso de anulación es un medio de defensa del derecho violado que persigue justamente la anulación del acto lesivo. Con esta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiera tener el recurrente y de los daños que pudieran habersele causado con la actividad ilícita. En consecuencia, el juez debe resolver únicamente si el acto administrativo es o no contrario al derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda, y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado es nulo. El proceso administrativo de anulación está dirigido a controlar vía recurso el exceso de poder, es un proceso de legalidad o jurisdicción objetiva, que se da contra actos, no contra la persona administrativa propiamente dicha. No provoca indemnización o la restauración de un derecho, sino que trata de asegurar la buena y legal

administración. El fallo que se pronuncia anula el acto, pero no lo sustituye con otro.

4. ANALISIS DE 2 CASOS PRÁCTICOS.

4.1. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR DECISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS QUE CARECE DE MOTIVACIÓN.

José Alfredo Mejía Idrobo luego de cumplir con los requisitos legales y haber aprobado los cursos respectivos se incorporó como Subteniente de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, a partir de lo cual ha dedicado su servicio a la patria de manera eficiente, preocupándose de su preparación intelectual, llegando a obtener la condecoración “Abdón Calderón” y una beca con la cual realizó el curso de Comando y Estado Mayor del ejército. En 1996 fue calificado por el Consejo de Generales de la Institución como Jefe de Estado Mayor de la Brigada Logística; Secretario General de la Fuerza Terrestre; Comandante de la Brigada de Apoyo Logístico No. 25, entre otras distinciones y responsabilidades a partir de su capacidad, al punto de ostentar la primera antigüedad. A principios de diciembre de 2000 el Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Terrestre envía un oficio que inicialmente lo halaga: “*hombre de honor, leal, veraz y honesto...*” en lo que parece merecedor de un ascenso, para terminar diciendo “*...pero que la institución debe seguir el proceso de selección nominado por leyes y reglamentos... por lo que agradecen sus servicios a la Institución*”. Comunicación que se pidió sea reconsiderada, siendo simplemente ratificada, por lo que el Presidente de la República dicta el Decreto Ejecutivo No. 1185 de 30 de enero de 2001, mediante el cual lo colocan en situación de

disponibilidad; y posteriormente con el Decreto No.1680 de 18 de julio de 2001, le dan la baja.

Ante esta situación el Crnl. José Alfredo Mejía Idrovo, comparece con la demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, bajo el argumento de que conforme a la Constitución Política del Estado, las decisiones del Estado y sus resoluciones deben ser claramente motivadas y en este caso, alega que no lo son.

El Tribunal recoge de la doctrina que: *“las decisiones de los órganos del Estado deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho que concurren para aplicar las normas, determinar su legitimidad, justificar los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad. Tienen por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto de autoridad, y lo que es más importante permite o hace posible su control o fiscalización..”*., situación que pone en evidencia la falta de motivación de la que habla la Constitución cuando no se explica la pertinencia de la aplicación de la norma que recae sobre los hechos que la invocan. En el presente caso la Resolución del Jefe del Estado Mayor de la Fuerza Terrestre, en la parte considerativa de la realidad fáctica da la impresión de que el asenso es un hecho, alaba los méritos de Mejía Idrovo, resalta las más altas cualidades, pero dejando de lado las mismas que lo hacía ostentar la primera antigüedad, concluye que no es apto para el asenso y agradecen sus servicios, abriendo paso a la declaratoria de disponibilidad y a la ineluctable baja. Esta pseudo motivación, a más de contradictoria y forjada, hace que el Tribunal aplique lo dispuesto en el segundo párrafo del número 13 del Art. 24: “No habrá tal motivación si en la resolución

no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”, es decir que no hay relación de causalidad ya que los argumentos no se subsumen a la norma, por lo que se evidencia la violación de la garantía constitucional invocada.

En tal virtud, hace bien el Tribunal en sustentar ampliamente en doctrina y normas constitucionales tal violación, al punto de, en un análisis verdaderamente motivado, como debió ser la Resolución que dio lugar a los Decretos Ejecutivos, declarar su inconstitucionalidad, por el fondo; disponiendo además la reparación de los daños causados a Mejía.

El fallo es un interesante instrumento para comprender la importancia de la motivación como una institución incorporada a nivel constitucional, en donde más allá de la legalidad que no debe ni puede analizar, se determina la vulneración de la Constitución, por esta vía.

4.2 RECURSO DE CASACIÓN POR SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, POR FALTA DE MOTIVACIÓN AL ALUDIR HECHOS QUE NO FORMAN PARTE DE LA DECISIÓN.

El Dr. Julio César Zuñiga Rocano, interpone recurso subjetivo de conformidad con lo que establece el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en contra de la Universidad de Cuenca, por la decisión de

separarlo de la institución, cuando las condiciones que cumple dicha decisión no contemplan la motivación material de lo argumentado por la Universidad.

El Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo rechaza la demanda, por lo que al amparo de la Ley de Casación, Zuñiga presenta el recurso extraordinario de casación. La Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia que conoce el recurso, luego de examinar las objeciones a la sentencia dicta por el juez “a quo”, pasa a hacer un análisis pormenorizado respecto de la motivación, iniciando por las normas constitucionales y legales que la establecen y que en el presente trabajo las hemos invocado y transcrito.

Repara en que: *“La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo”*, por lo que la motivación del acto debe constar de la resolución correspondiente. “De modo que no se puede ni aún realizando una interpretación extensiva, que en el caso no sería aceptable conste en documento aparte de la resolución”.

Lo que los representantes de la Universidad esgrimen evidencia justamente la falta de motivación, cuando pretenden encontrarla en motivos y explicaciones previos a la resolución, contenidos en un informe de comisión integrada para la investigación.

El presente caso nos muestra con claridad que en las decisiones de la administración la motivación debe ser materialmente integrante, no es

suficiente enumerar oficios, informes, documentos o aludir a ellos. Como hemos dicho la motivación debe ser pertinente y concreta, a cada hecho o al conjunto de ellos, cuando fuere el caso, se le deben atribuir efectos concretos a partir de normas preestablecidas y aplicables que coincidan plenamente para ello.

CAPITULO IV.

1. CONCLUSIONES.

- La motivación, como hemos visto, es el soporte de la decisión administrativa, que acompaña a la autoridad desde el momento mismo en que conoce una situación acto administrativo, por lo que cada acto debe responder a la coherencia que brinda su aplicación, para que sea pertinente y lo mantenga incólume frente a las impugnaciones que pueda recibir.
- Aún cuando en el ejercicio lógico jurídico se contemple la relación entre la realidad fáctica y la norma, materialmente también debe ser parte de la decisión. Nada existe fuera del contenido material de la decisión, sino lo incorpora, no alude, sino integra a la propia decisión. Lastimosamente los efectos que esta falencia podría acarrear no son del todo aprovechados por los administrados que desconociendo la inmensa protección que esta garantía brinda, no la invocan y sufren los efectos de disposiciones inconstitucionales, ilegales e incluso arbitrarias.

- No se debe confundir la facultad que tiene un funcionario para valorar las situaciones sujetas a su conocimiento, vigilancia o control, a fin de establecer si se dan o no los supuestos fácticos para tomar determinadas medidas, es decir, valorar en mérito, con la discrecionalidad sobre este aspecto. Cuando el mérito lo establece la ley o el reglamento, ha de entenderse que el funcionario no tiene discrecionalidad, debido a que ocurridos los supuestos de hecho que hacen necesaria una decisión, el funcionario no tiene sino que tomar la que la norma ha previsto como consecuencia de la ocurrencia de tales hechos, en el momento y en el sentido también previstos en la norma, so pena de incurrir en incumplimiento de sus deberes. Mientras que cuando tiene discrecionalidad en el mérito, no hay razones de hecho que condicionen la oportunidad o sentido de la decisión.
- En el caso de los discrecionales, la autoridad solventa gran parte de su decisión en apreciaciones subjetivas o juicios de valor, al ser libre de escoger la oportunidad para su expedición y/o determinar el contenido o sentido de la decisión o valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así como sobre el destinatario del acto, que la circunstancia pueda provocar, luego de un procedimiento totalmente reglado, pues el acto discrecional, surge de ese abanico de posibilidades que en mérito al interés general o el bienestar colectivo, permite la ley.
- En los actos reglados, al estar regulados completamente por la norma, se tendrá que subsumir la realidad fáctica –justificada o procesalmente existente-, a las disposiciones pertinentes, para que así se consiga el efecto deseado o se resuelva la situación, pues estos actos deben ser

emitidos en mérito de normas que predeterminan y reglan su emisión por lo que carecerá de ese elemento subjetivo de que goza el acto discrecional.

- El funcionario no queda reducido a actuar mecánicamente, puesto que por más reglado que sea el acto, debe hacer uso de su facultad de valoración y juicio tanto de la situación que sirve de fundamento al acto como de las implicaciones de su decisión, en lo cual debe atender aspectos desde los puramente técnico jurídicos hasta axiológicos, como la razonabilidad, proporcionalidad, la eficacia, la equidad, el bien común, el interés general, acordes al propósito y objetivo de toda actuación administrativa, inclusive su formación material o íntegra para producir los efectos queridos.

2. RECOMENDACIONES.

* La motivación de las decisiones de la administración está íntimamente vinculada con el logro de los cometidos y fines de las actuaciones administrativas, por lo que incluso el saneamiento de una decisión malograda debería hacerse en cuanto se advierta su carencia, sea de motu proprio o a instancia del interesado y aún cuando se deba recurrir a la instancia judicial que declare su lesividad; y, no como se pretende hoy sostener a cualquier costo el error cometido.

* El debido proceso, está constituido por un conjunto de garantías constitucionales, legales y judiciales, incluida la motivación de sus decisiones, encaminadas a proteger y preservar la justicia como fundamental valor de convivencia social, para defender la seguridad

jurídica, evitar la arbitrariedad o parcialidad de autoridad o juzgador, para asegurar la observancia estricta de los procedimientos y reglas, para la adopción de las decisiones administrativas o judiciales, en un Estado de Derecho, que vela por el respeto de los derechos de los involucrados.

* La observación de la motivación en las decisiones de la Administración evita el exceso de poder, tráfico de influencias y otras formas de corrupción que desvirtúan y seducen a quien tiene cualquier forma de poder o de atribución pública.

* Es mejor si la discrecionalidad se reduce al mínimo, imponiendo un sistema matemático, aritmético, técnico o tecnológico, para evaluar los elementos subjetivos de una decisión, lo que deberá ser parte de la decisión y constará materialmente en la misma.

* La Administración deberá mantener y mejorar el conocimiento y difusión de las forma de decisión de la administración, debido proceso, incluida la motivación, que es fundamental para los órganos y las autoridades de la Administración Pública, debiendo fomentar la constante capacitación de sus funcionarios, mejor aún si se conjuga con el conocimiento de sus facultades y deberes, para permitir un control previo interesante que alivie la tarea de Jueces y Tribunales; y, brinde al funcionario la certeza de legalidad de sus actos.

* Aplicar el un proceso sustancial, lógico, sistemático, ordenado, que auxilie a las autoridades en toda sus acciones y actividades arrojará decisiones mucho más legítimas y ejecutables.

* La motivación tiene un sustento ético de quien debe aplicar la norma en cuanto clarifica los hechos, para que decida, guiando sus postulados

a la satisfacción del interés público, aún cuando bien puede beneficiar al particular cuando la ley lo exige o permite, utilizando los medios legítimos, exentos de fraude o de otro vicio, que se plasman cuando la pertinencia de la norma a los hechos resulta evidente.

ANEXO 1. REGISTRO OFICIAL**ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR****Año III - Quito, jueves 04 de abril del 2002- No. 548****Administración del Sr. Dr. Gustavo Noboa Bejarano
Presidente Constitucional de la República****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****DR. JOSE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR****SUMARIO**

Nro. 039-2001-TC

Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Castro Dáger
Segunda Sala

"EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso Nro. 039-2001-TC

ANTECEDENTES: El Crnl. de Ems. José Alfredo Mejía Idrovo, comparece con la siguiente demanda de inconstitucionalidad, en la que manifiesta que el 21 de diciembre de 1972, luego de aprobado el curso regular de cadetes en la Escuela Superior y Colegio Militar Eloy Alfaro, obtuvo los despachos de Subteniente de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana. Que ha realizado trabajos desplegados por su iniciativa y conocimientos. En la parte académica ha obtenido la condecoración Abdón Calderón, una beca para realizar el Curso de Comando y Estado Mayor en el Ejército de la República del Brasil. En 1996 fue calificado por el Consejo de Generales del Ejército para cumplir con la función de Agregado Militar. Ocupó varias dignidades dentro de la Institución como Jefe del Estado Mayor de la Brigada Logística; Secretario General de la Fuerza Terrestre; Comandante de la Brigada de Apoyo Logístico No. 25 y hasta el momento de su ilegal disponibilidad ostentaba la primera antigüedad. Que los primeros días de diciembre del 2000, recibe un oficio sin número y sin fecha, suscrito por el Jefe del Estado Mayor de la Fuerza Terrestre, en el que le comunica que es criterio del Consejo que es un hombre de honor, leal, veraz y honesto, y que sus cualidades están enmarcadas dentro de los parámetros que exige la carrera militar pero que la Institución debe seguir un procedimiento de selección nominado por leyes y reglamentos que permite escoger quienes dentro de un grupo humano presentar ciertas características que marcan diferencias, por lo que le agradecen sus valiosos servicios a la Institución. Ante lo cual solicita la reconsideración y pide aclaración de las razones y motivos que les llevaron a tomar dicha Resolución, recibiendo como contestación la

ratificación del pronunciamiento inicial Como consecuencia de esta ilegal Resolución el Presidente Constitucional de la República dicte el Decreto No. 1185 de 30 de enero del 2001, en el que consta que de conformidad con lo previsto en el artículo 76, literal j) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, colócase en situación de disponibilidad al Coronel de EMS. 0904013588 Mejía Idrovo José Alfredo, quien dejará de constar en la Fuerza Terrestre a partir del 15 de enero del 2001, Decreto publicado en la Orden General No. 031 de 31 de enero del 2001. Posteriormente dicte el Decreto No. 1680 el 18 de julio del 2001, dándole de baja de la Fuerza Terrestre el 15. de julio del 2001, publicado en la Orden General No. 133 el 20 de julio del 2001. Que estos Decretos Ejecutivos violan los artículos 3, números 2; 6; 23, números 3, 26, 27; 24, números 12 y 13; 35 y 186.de la Constitución Política de la República;76; 91; 92; 101; 105; 106; 127 y 128 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas; 37 y Capítulo X del Reglamento del Consejo de Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas. Por todo lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 276, número 1 y 278 de la Constitución Política de la República y artículos 12, número 1; 21; 22; 23, literal d) y 24 de la Ley del Control Constitucional, y con informe favorable del Defensor del Pueblo, solicite se declare la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto Ejecutivo No. 1185 de 15 de enero del 2001, publicado en la Orden General No. 031 de 31 de enero del 2001 y el Decreto Ejecutivo No. 1680 de 18 de julio del 2001, publicado en la Orden General No. 133 de 20 de julio del 2001 y se disponga su reincorporación a las Fuerzas Armadas Permanentes y se tramite su ascenso a General de Brigada con todos los honores, remuneraciones y derechos reglamentados.- La Asesora Jurídica de la Presidencia de la República, manifiesta que el accionante no especifica en su petición si la inconstitucionalidad de los Decretos Ejecutivos Nos. 1185 y 1680 de 30 de enero y 15 de julio del 2001, dictados por el Presidente Constitucional de la República, es por el fondo o por la forma, de conformidad con lo prescrito en el número 1 del artículo 276 de la Carta Magna. Que el Coronel José Mejía fue colocado en situación de disponibilidad y dado de baja, conforme lo prevé el artículo 76, literal j) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, actos administrativos emanados con sujeción a la Constitución. Que la disponibilidad y la baja ordenadas mediante los Decretos Ejecutivos están ligadas al pronunciamiento del Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre, órgano que tiene la capacidad para calificar los ascensos de los Coroneles al Grado de Generales de Brigada, según lo dispone la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Que al haberse demandado únicamente los actos administrativos identificados como Decretos Ejecutivos Nos. 1185 de 15 de enero del 2001 y 1680 de 18 de julio del 2001, y no la decisión del Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre la demanda se toma incompleta. Que en razón a que el accionante no cumplió con todos los requisitos señalados en los artículos 97; 98, literales b) y c), 116; 117, literales a), b), c), d) y e) y 122 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, el Consejo de Oficiales Generales consideró no admisible su ascenso al grado inmediato superior de General de Brigada, resolución que en su oportunidad fue impugnada y resuelta a través de un recurso de reconsideración seguido por el accionante, con fecha 26 de diciembre del 2000, otorgándole al actor su derecho a la defensa, dentro de un debido proceso. Niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; alega plena validez constitucional del contenido de los Decretos Ejecutivos Nos. 1185 de 15 de enero del 2001 y 1680 de 18 de julio del 2001, ya que fueron emitidos con sujeción a la Constitución. y la Ley de la Materia, pues se fundamentan en la disposición contenida en el artículo 76, literal j) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas; existe improcedencia total de la acción propuesta, por cuanto para la emisión de los Decretos Ejecutivos referidos se cumplió con todos y cada uno de los procedimientos legales y reglamentarios, con sujeción a la Constitución. Por lo expuesto solicite se inadmita por improcedente e infundada la demanda propuesta por el Coronel de Estado Mayor, en servicio pasivo.- La Directora de Patrocinio, Delegada del Procurador General del Estado, niega que exista inconstitucionalidad en los Decretos Ejecutivos Nos. 1185 y 1680 de. 15 de enero y 18 de julio del 2001, porque los mismos provienen de autoridad competente, pues el Presidente de la República es la máxima autoridad de la Fuerza Pública, como lo ordenan el número 14 del artículo 171 y los artículos 184 de la Norma Suprema, en concordancia con el artículo 10 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Que se ha cumplido con el artículo 186 de la Norma Suprema. El Decreto Ejecutivo 1680 de 18 de julio del 2001, .no viola ninguna garantía consagrada en la Constitución relacionada al debido proceso, pues no contiene sanción alguna contra el coronel Mejía. La baja dispuesta en ese Decreto es la consecuencia legal prevista en la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, porque se ha cumplido el plazo máximo de disponibilidad previsto en el artículo 87, literal c) ibídem. Que no se ha violado la garantía de estabilidad y profesionalización del actor, la baja decretada ha sido

dada en cumplimiento a los artículos 87, literal c) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, pues esa es la forma legal en que se coloca en servicio pasivo al personal militar, como lo dispone el artículo 84 ibídem y ello no significa de manera alguna privar al demandante de su grado, honores y pensiones. Por lo expuesto solicita se rechace la demanda.

Considerando:

Que, el Pleno del Tribunal es competente para conocer y resolver el presente caso, al tenor de lo que dispone el artículo 276 número 1 de la Constitución y el Artículo 12 número 1 de la Ley del Control Constitucional;

Que, no se observa omisión de solemnidad sustancial que influya en la causa por lo que se declara su validez;

Que, el principal deber del Estado es el de respetar y hacer respetar las normas constitucionales y los derechos humanos, las que deben cumplirlas los distintos órganos del poder público, y las personas naturales y jurídicas. La fuerza normativa de la Constitución no puede ser eludida en ninguna circunstancia ya que sus preceptos prevalecen sobre las demás, sean éstas referentes al Derecho Público o al Derecho Privado. E inciso segundo del artículo 18 ibídem señala: "En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos":

Que, en la presente demanda, analizados las argumentaciones de las partes, así como la nominativa legal vigente en la cual se enmarca la disponibilidad dispuesta en contra del Crnl. De Ems. José Alfredo Mejía Idrovo, cabe puntualizar que el Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre, le agradece por los valiosos servicios a la Institución, ante lo cual solicite reconsideración y pide aclaración de las razones y motivos que llevaron a tomar dicha resolución, recibiendo como respuesta la ratificación en el pronunciamiento oficial, y Mediante Decreto No. 1185 de 30 de enero del 2001, el Presidente de la República lo coloca en disponibilidad, de conformidad con lo previsto en el literal j) del artículo 76 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas disponiendo que dejara de constar en la Fuerza Terrestre a partir del 15 de enero del 2001. Pues bien, el referido literal j) dice: "Por las demás, causas establecidas en la presente ley" tomándose evidente que no existe ningún tipo de precisión de **las motivaciones** o razones por las cuales se lo coloca en disponibilidad;

Que, en la contestación a esta demanda por parte del Presidente de la República se establece que el accionante no cumplió con los requisitos señalados en los artículos 97; 98, literales b) y c); 116; 117, literales a), b), c), d) y e) y 122 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas; al respecto, hay que precisar que el artículo 97 se refiere a que la calificación para el ascenso es el resultado del análisis de las calificaciones anuales, cursos o exámenes de promoción y de los méritos o deméritos; el artículo 98 se refiere al puntaje mínimo requerido para General de Brigada 18,50 y para Coronel o su equivalente 18,00; el 116 y el 117 establecen los requisitos comunes que debe reunir el militar para su ascenso, como acreditar puntajes mínimos, aprobar los cursos, haber sido declarado apto para el servicio y haber cumplido el tiempo de permanencia en el grado; el artículo 122 señala que para ascender a General de Brigada se requiere obtener la aprobación del Consejo de Oficiales Generales de la Respectiva Fuerza. Analizada esta normativa y compaginada con los documentos que constan del proceso, se puede establecer que el demandante ha obtenido durante su carrera militar las más altas calificaciones. (19,502 méritos) ha aprobado con brillantez todos los cursos, obtiene una beca en el Curso de Comando y Estado Mayor; alcanza los más altos méritos y condecoraciones; en los cursos de perfeccionamiento obtuvo la primera antigüedad, fue designado para ocupar importantes funciones especializadas en EE.UU. y Brasil, fue combatiente del Cenepa, y como lo ha afirmado el Gral. Narváez, su trayectoria ha sido de "...un hombre de honor, leal, veraz y honesto". Entonces, cabe preguntarse si la resolución adoptada por el Consejo de Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas, que tiene capacidad para calificar los ascensos de los Coroneles al Grado de Generales de Brigada, tiene algún sustento o fundamento, o simplemente dicha calificación responde a criterios discrecionales, cuando sin otro análisis le agradece por sus servicios, tal vez, con motivaciones de otro orden o preferencias ya

predeterminadas para cubrir dicho ascenso, aspiración legítima del proponente de esta demanda. Lo propio podemos argüir en relación al Decreto Ejecutivo con el cual se lo coloca en disponibilidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 literal j) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas: "Por las demás causas establecidas en la presente Ley", las que bien pueden ser una como veinte o ya como posteriormente se puntualiza en la contestación a esta demanda, por incumplir los artículos 97, 98, 116, 117 y 122 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, antojadizamente mencionados, pues como se ha analizado antes carecen de sustento y relación con el caso;

Que, tanto la Constitución como el Estatuto Jurídico de la Función Ejecutiva disponen que las resoluciones sean claramente motivadas. La doctrina considera que las decisiones de los órganos del Estado deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho que concurren para aplicar las normas, determinar su legitimidad, justificar los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad. Tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto de autoridad, y lo que es más importante, permite o hace posible su control o fiscalización. Emilio Fernández Vázquez, en su Diccionario de Derecho Público (pág. 505), en relación a este tema dice: "La motivación permite establecer la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada", el mismo autor agrega: "En primer lugar es necesario que los motivos sean expuestos de una manera concreta y precisa, no siendo suficientes las referencias vagas y simples... Las expresiones genéricas como mejor servicio, altos fines, interés del pueblo, general conveniencia etc., no sirven para motivar el acto y constituyen meros circunloquios". Estos criterios también han sido incorporados en la Constitución del Ecuador, como una garantía básica para asegurar el debido proceso, el artículo 24 número 13 dispone: "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. ." En el caso sub júdice no se ha dado esta motivación lo que significa una violación a la referida norma Constitucional;

Que, la Constitución de la República en el artículo 186, inciso segundo, señala: "Se garantizan la estabilidad y profesionalidad de los miembros de la fuerza pública. No se los podrá privar de sus grados, honores ni pensiones sino por las causas y en la forma previstas por la ley". En el presente caso no se ha observado este precepto, pues en la disponibilidad y en la baja del Oficial accionante hay elementos de subjetividad que salen del marco legal; la discrecionalidad tiene sus límites en las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico, en este caso la delimitación lo hace la propia Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, las cuales determinan los requisitos y las condiciones para el ascenso a un grado superior. Este Tribunal considera que las normas de la Ley de Personal favorecían el ascenso del señor Cml. De Ems. José Mejía Idrobo. Si en base de esta normativa se dio el ascenso de otros Oficiales Superiores, el no haber procedido en igual forma con el ciudadano reclamante viola el derecho a la igualdad de las personas ante la ley consagrado en el número tercero del artículo 23 de la Constitución;

Que, una de las pretensiones del actor es que este Tribunal declare la ilegalidad de los decretos impugnados; como es sabido la acción de inconstitucionalidad no comprende la ilegalidad en que pueda incurrir una norma jurídica, en éste caso los decretos impugnados, la declaratoria de ilegalidad corresponde a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Por otro lado, la declaratoria de inconstitucionalidad suspende los efectos de la normativa jurídica cuestionada, pero como la misma Constitución establece en el artículo 278 esta declaratoria no tiene efecto retroactivo;

Que, finalmente, en el presente caso, los decretos de disponibilidad y de baja de un oficial de las Fuerzas Armadas encuentran su antecedente inmediato en las resoluciones adoptadas por el Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre, que les sirven de fundamento, por lo que tales resoluciones también están vinculadas a los dos decretos impugnados de inconstitucionalidad; y,

En ejercicio de sus atribuciones,

Resuelve:

1. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de los Decretos Ejecutivos Nro. 1185 de 15 de enero del 2001 y 1680 de 18 de julio del 2001, publicados en la Orden General Nro. 031 de 31 de enero del 2001 y en la Orden General Nro. 133 de 20 de julio del 2001.
2. Disponer la reparación de los daños causados al Cml. de Ems., en servicio pasivo, José Alfredo Mejía Idrobo
- 3 Publicar en el Registro Oficial.- Notifíquese”.

f.) Dr. Marco Morales Tobar, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada con cinco votos a favor correspondientes a los doctores Guillermo Castro, Oswaldo Cevallos, René de la Torre, Luis Mantilla, Hernán Rivadeneira y Hernán Salgado; tres votos salvados de los doctores Oswaldo Cevallos, Carlos Helou y Marco Morales, estando ausente el doctor Luis Chacón, en sesión de doce de marzo del dos mil dos.- Lo certifico.

f) Dr. Víctor Hugo López Vallejo, Secretario General.

ANEXO 2

REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Año III - Quito, miércoles 10 de abril del 2002- No. 552

Administración del Sr. Dr. Gustavo Noboa Bejarano
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DR. JOSE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR

SUMARIO

Nº 297-2001

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, 30 de octubre del 2001; las 09h00.

VISTOS (217/00): El Dr. Julio César Zúñiga Rocano deduce recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el recurrente en contra de la Universidad de Cuenca; sentencia en la cual se declara sin lugar la demanda. Sostiene el recurrente que en el fallo impugnado se han infringido las disposiciones de los artículos 18, 24 Nos. 1, 11, 13 y 17 de la Constitución Política del Estado; 10 lit. a), 59 lit. a) y 60 de La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 31 de la Ley de Modernización del Estado y 20 de su reglamento; 118, 119 120, 121 y 278 del Código de Procedimiento Civil, lit. r) del Art. 22 del Estatuto Orgánico de la Universidad de Cuenca y 57 del reglamento del personal académico de dicha institución; violaciones que han configurado las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de las normas señaladas. Con oportunidad de la calificación del recurso se estableció la competencia de esta Sala para conocerlo y resolverlo, presupuesto procesal que no ha variado y una vez agotado el trámite establecido por la ley para este tipo de recursos, es procedente que se dicte sentencia, a efecto de lo cual se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERA.-Sostiene el recurrente que se ha violado en la sentencia el Art. 18 de la Constitución Política del Estado, norma esta que se refiere a la aplicación e interpretación de los derechos humanos y que en consecuencia por su naturaleza tiene un carácter general. Desde luego puede darse violación de esta norma en una sentencia pero cuando esto ha ocurrido es preciso establecerlo en forma concreta, sin que tal situación pueda ser atribuida a la violación de otra norma, circunstancia que a criterio de la Sala no se ha configurado en el proceso. SEGUNDA.- El Art. 24 de la Constitución establece las garantías del debido proceso y según lo señalado en el escrito de interposición del recurso, en el caso se han violentado lo establecido por los numerales 1, 11, 13 y 17 de dicho artículo constitucional. El primero de tales numerales establece el principio fundamental conocido como nullum crimen nulla pena sine lege, pero aplicado también a la materia administrativa, en tanto que el numeral 11 garantiza el que ninguna persona podrá ser distraída de sus jueces naturales, lo que en síntesis podría

considerarse como la necesidad de competencia en razón de las personas; el numeral 13 se refiere a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos que afectan a las personas y a las condiciones en que se cumple esta disposición, en tanto que el numeral 17 se refiere al derecho de acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses. Iniciando el examen de las normas del Art. 24 que se pretende se han violado, la Sala considera que es evidente que el recurrente recibió las garantías suficientes en el desenvolvimiento de la instancia judicial ante el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo, sin que se observe que en ningún momento dicho Tribunal haya procedido parcialmente o en forma no expedita ni menos aun que el caso haya quedado en la indefensión, pues ha sido objeto del trámite correspondiente y al no estar de acuerdo el recurrente con la sentencia expedida en el caso, luego de cumplidos todos los trámites legales, ha tenido la oportunidad de concurrir mediante la interposición del recurso de casación, ante el máximo organismo judicial, que por medio de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, está examinando los presuntos vicios que el casacionista atribuye a la sentencia impugnada, lo que significa que tampoco ha habido en el caso violación del numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado. TERCERA.- El numeral 13 del Art. 24 de la Constitución tiene el siguiente texto: "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente"; este principio de la motivación constaba ya con anterioridad en la Ley de Modernización del Estado, cuyo Art. 31 dice: "Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo". La transcripción de estas disposiciones evidencia que la motivación del acto debe constar de la resolución correspondiente. Claramente el texto constitucional dice que no habrá motivación si en la resolución no se enunciaren las normas y principios en que haya fundado; y en la Ley de Modernización del Estado se dice que la motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados del procedimiento. De modo que no se puede, ni aún realizando una interpretación extensiva, que en el caso no sería aceptable por tratarse de derecho público, admitir que la motivación conste en documento aparte de la resolución. La motivación es parte esencial del documento en el cual consta la resolución. Ahora bien, en el caso consta con absoluta evidencia que el Tribunal "a quo" en su sentencia reconoce que no existe motivación en el documento en el que consta la resolución (considerando séptimo, fjs. 265), lo que de acuerdo con la ley significa que el acto no se encuentra motivado, pretendiendo que existen motivos y explicaciones previos a la resolución en el informe de la comisión integrada para realizar las investigaciones. Lo anterior nos demuestra con absoluta evidencia que en la sentencia recurrida se violó la disposición contenida en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución, violación que da fundamento al recurso de casación y que permite a la Sala, casando la sentencia, dictar la que en su lugar corresponda por el mérito de la sentencia. CUARTA.- Siendo el principal propósito de la acción el que declare la ilegalidad del acto administrativo impugnado y evidenciándose que dicho acto no es motivado por no enunciar las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y no explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, lo que quiere decir que dicho acto administrativo es ilegal, nada más hay que considerar en el caso, por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida y aceptándose la demanda se declara la ilegalidad de la resolución del Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca, adoptada en la sesión extraordinaria del 3 de agosto de 1999, en la que se suspende por dos meses sin sueldo al Dr. Julio Zúñiga Rocano, profesor y decano de la Facultad de Ciencias Agropecuarias de la Universidad de Cuenca, por no ser motivada, disponiéndose que se cancelen todos los valores que debía percibir el actor por el desempeño de sus funciones y que fueron retenidos en virtud de la resolución administrativa que se declara ilegal, así mismo se dispone que se borre de la hoja de servicios de docente universitario del actor, todo lo referente a la sanción declarada ilegal por la presente sentencia.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dres. José Julio Benítez A., Luis Heredia Moreno y Marcelo Icaza Ponce, Ministros Jueces y Conjuez Permanente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte

Suprema de Justicia.

ANEXO 3

REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Año III-Quito, viernes 18 de octubre del 2002 No. 686

Administración del Sr. Dr. Gustavo Noboa Bejarano
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DR. JOSE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR

No. 3179

Gustavo Noboa Bejarano
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

Considerando:

Que el Ecuador es un Estado social de derecho cuyas instituciones, organismos y dependencias fichen la obligación de someterse en sus actuaciones al principio de legalidad que consagra el artículo 119 de la Constitución Política de la República;

Que no obstante el principio de legalidad, es evidente que la determinación legislativa de la totalidad de la actividad administrativa aparece como una utopía que debe ser dejada de lado en la medida que existan elementos operativos de racionalización del poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad es inevitable en el diseño de la actividad administrativa del Estado;

Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que, puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, a parte de racional como razonable;

Que en todo acto concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano;

Que el sometimiento de la actividad administrativa al derecho, hace que las potestades discrecionales puedan ser controladas a través de un conjunto de técnicas a la luz de los principios generales del derecho, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en un fallo reciente;

Que la propuesta de la Cámara de Comercio de Quito de eliminar la discrecionalidad a través de reemplazar la expresión “podrá” por “deberá” en las normas que la contienen, no soluciona el problema de la arbitrariedad en la expedición de actos administrativos, no siendo en consecuencia una propuesta técnicamente aceptable;

Que la Comisión Jurídica de Depuración Normativa ha recomendado la expedición de este decreto; y.

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 171, numeral 9 de la Constitución Política de la República,

Decreta:

EXPEDIR EL REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Art. 1.- **ÁMBITO DE APLICACIÓN.**- Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a todo acto administrativo que emane de la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva.

Art. 2.- **DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.**- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.

Art. 3.- **DEL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.**- De forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.

Art. 4.- **DE LA MOTIVACION.**- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.

Art. 5.- **ADJUDICACIONES DE CONTRATOS.**- En los actos de adjudicación de contratos no

basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión. El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un conector uso de sus potestades, la discrecionalidad reglada se ha de ejercer ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad.

Art. 6.- INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD.- El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.

Art. 7.- DE LA DISCRECIONALIDAD TECNICA.- La administración se encuentra facultada para determinar los medios técnicos que empleará en la ejecución o implementación de obras o servicios públicos, sin que pueda desconocer las exigencias técnicas necesarias para que las obras o servicios presten un adecuado y eficiente servicio a la colectividad.

La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitidos por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos, técnicos o sociales.

Art. 8.- DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS INTERPRETADOS.- Frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, oferta más conveniente. etc., la administración buscará su concreción a cada situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso en concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración

Art. 9.- DEL PROCEDIMIENTO NORMATIVO.- La actuación de la administración debe respetar el procedimiento normativo establecido como previo a la emisión del acto, valorando las alternativas posibles, la relación costo-beneficio que suponen cada una de esas alternativas, no solamente desde el punto de vista económico, sino frente a efectos que pueden merecer otra valoración principal, como el impacto ecológico, cuestiones relativas a la seguridad y defensa, políticas demográficas, etc. La decisión debe ser, en consecuencia, ponderada.

Art. 10.- FINALIDAD.- El acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su principal importancia en la valoración del acto discrecional

Art. 11.- PROPORCIONALIDAD.- Las medidas que el acto discrecionalidad involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.

Art. 12.- RAZONABILIDAD.- El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente, si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable.

Art. 13. - VIGENCIA.- El presente reglamento entrará en vigencia inmediatamente después de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, en el Palacio Nacional, a 10 de octubre del 2002.

f) Gustavo Noboa Bejarano. Presidente Constitucional de la República.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.

f) Marcelo Santos Vera, Secretario General de la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA.

Rafael Bielsa, Derecho administrativo y legislación administrativa argentina, Buenos Aires, t. I. J. Lajouane & Cía. Editores, 1921.

Juan Carlos Casaggne, Derecho administrativo, Buenos Aires. II tomo. Editorial Abeledo Perrot, , 1983.

- Cuestiones de derecho administrativo, Buenos Aires Argentina. Editorial Desalma, , 1987.

Manuel María Diez, Derecho Administrativo, t. I, Buenos Aires Argentina. Editorial Ameba, 1965.

José Roberto Dromi, Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires. Ed. Astrea, , 1973.

- Derecho administrativo, Buenos Aires Argentina. Novena edición actualizada, Editorial Ciudad Argentina,. 2001.

Héctor Jorge Escola, Compendio de derecho administrativo, vol I., Buenos Aires Argentina. De palma, 1984.

Ismael Farrando y Patricia Martínez, Manual de derecho administrativo, Buenos Aires Argentina. Universidad Nacional del Cuyo, Editorial Desalma, 2000

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I., Madrid España., 5ta. Edición. Ed. Civitas. 1990.

Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid España. Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Hernán Jaramillo Ordoñez. *Manual de Derecho Administrativo*. Loja Ecuador. Ed. Universidad de Loja. 2005.

Juan Francisco Linares, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea, 1975.

Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires. 5 tomos, Editorial Abeledo-Perrot, , 1970/1977.

- Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, Buenos Aires. Editorial Astrea 1980.

Jorge H. Sarmiento García, *Compendio de teoría del Estado y la Constitución*, segunda edición, Mendoza Argentina. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Cuyo, 1991.

- Temas de introducción a las instituciones de derecho público, Parte II, Mendoza. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Cuyo, 1970.

Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, 2 tomos, Montevideo Uruguay. Ed. Bianchi Altuna, 1959.

Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, Primera Edición, Quito Ecuador. Editorial Universitaria, 2004.