

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**La naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el
Procurador General del Estado y sus mecanismos de impugnación**

Mónica Catalina Feijóo Rivadeneira

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2023



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Mónica Catalina Feijóo Rivadeneira, autora del trabajo intitulado “La naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado y sus mecanismos de impugnación”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

7 de marzo de 2023

Firma: _____

Resumen

La presente investigación académica procura determinar la naturaleza jurídica atribuida a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General Estado, conforme la competencia otorgada a través del numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con la finalidad de poder establecer los mecanismos de impugnación idóneos ante un pronunciamiento que contravenga el ordenamiento jurídico.

Para ello, en el primer capítulo se inicia con un análisis sobre la competencia consultiva a lo largo de la historia, dentro del sistema jurídico romano germánico, realizando una breve referencia histórica al derecho romano y al derecho francés, cuya influencia fue definitiva para sentar las bases de la competencia consultiva en el Ecuador, a través de la asesoría jurídica preventiva, ejercida de manera privativa por el Procurador General del Estado mediante la absolucón de consultas con carácter vinculante, cuyas características, alcances, limitaciones y las implicaciones del efecto vinculante de los pronunciamientos, son analizadas desde una perspectiva doctrinaria.

En el segundo capítulo, se realiza un estudio pormenorizado de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado desde la óptica de la Corte Constitucional, que desde el año 2003 hasta el año 2021, ha emitido 5 sentencias cuyo contenido es analizado, con el fin de determinar la línea jurisprudencial asumida por el máximo organismo de justicia constitucional, en torno a la naturaleza jurídica de dichos pronunciamientos.

Por último, en el tercer y último capítulo la doctrina y casuística expuestas son analizadas con el fin de determinar los mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos en contra de un pronunciamiento que resulte contrario al ordenamiento jurídico vigente, tanto en sede administrativa, como ante la justicia contencioso-administrativa y constitucional. Finalmente, se exponen las conclusiones obtenidas como resultado del análisis efectuado.

Palabras clave: pronunciamientos, dictámenes, naturaleza jurídica, mecanismos de impugnación, Procurador General del Estado, carácter vinculante, función consultiva, absolucón de consultas, acto normativo de carácter administrativo, acción objetiva, acción subjetiva, acción de inconstitucionalidad de actos normativos

A todas las mujeres de mi historia, pero principalmente a Mónica, mi madre y a Zoveida, mi abuela, cuyo amor y ejemplo sentaron las bases del concepto de libertad, basado en el esfuerzo y la resiliencia, el mismo que hoy decido vivir a través del conocimiento, puesto al servicio de quienes me necesitan.

Agradecimiento

A mis amados y ejemplares padres, Wladimir y Mónica, cuyo amor y valiosas enseñanzas constituyen el mayor baluarte de mi espiritualidad, la fortaleza de mi alma en tiempos difíciles y la eterna gratitud de mi corazón, incluso después de que la vida nos separe.

A mis hermanos, Iván y Pamela, quienes con su incondicional presencia y cariño han construido las más hermosas memorias que hoy atesoro y reconozco como el más importante legado de nuestros padres.

A José Luis, mi esposo y compañero de vida, porque a su lado todo obstáculo ha sido motivo de crecimiento, aprendizaje y refuerzo de los lazos que nos unen y que tengo la certeza, seguirán haciéndolo hasta el final.

A mis hijos, Agustín y Paula, quienes son la alegría y motivación de mis días y cuyas sonrisas constituyen la prueba más hermosa y grande de que Dios está siempre a mi lado.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero Análisis doctrinario e histórico de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos con carácter vinculante, emitidos por el Procurador General del Estado	15
1. Antecedentes históricos de la competencia consultiva	15
1.1 Derecho Romano	17
1.2 Derecho Francés.....	24
1.3 Derecho ecuatoriano	31
2. Pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado: Características, alcances, limitaciones y efecto vinculante.....	37
2.1 Características	38
2.2 Alcance	43
2.3 Limitaciones.....	45
2.4 Efecto vinculante	46
3. Efectos y consecuencias de la solicitud de reconsideración	48
Capítulo segundo La naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, según el criterio de la Corte Constitucional.....	51
1. Las sentencias constitucionales.....	51
2. Análisis de las sentencias más relevantes, emitidas por la Corte Constitucional, en torno a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado.....	52
2.1 Resolución No. 426, de 31 de diciembre de 2003.	53
2.2 Sentencia No. 002-09-SAN-CC, de 2 de abril de 2009.	55
2.3 Sentencia No. 003-12-SIA-CC, de 21 de junio de 2012.....	59
2.4 Sentencia No. 049-16-SIS-CC, de 10 de agosto de 2015.	61
2.5 Sentencia No. 45-17-AN, de 18 de agosto de 2021.....	64
3. Régimen jurídico de los pronunciamientos del Procurador General del Estado..	68
3.1 Los Actos Normativos	71
3.2 El pronunciamiento del Procurador General del Estado como acto normativo de carácter administrativo	78
3.3 Caso Práctico	82
Capítulo Tercero Mecanismos idóneos de tutela jurisdiccional de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado.....	87
1. Mecanismos de Impugnación.....	88
1.1 Sede Administrativa.....	88
1.2 Sede Judicial	90
1.3 Sede Constitucional	99

Conclusiones	105
Bibliografía	109

Introducción

La función consultiva y de asesoramiento nació en tiempos remotos, tal es así que a lo largo de la historia han existido diversas clases de órganos consultivos, algunos de ellos unipersonales y otros conformados como órganos colegiados, a quienes se les ha encargado esta compleja, pero sustancial labor dentro de la actividad estatal.

En el Ecuador, durante el Siglo XIX, con la inauguración de la etapa republicana y la expedición de la Constitución de 1830, se pudo constatar la creación del primer Consejo de Estado, que constituyó el origen del órgano institucionalizado y especializado en materia jurídica, circunscrito al ámbito del derecho público, que al día de hoy conocemos como Procuraduría General del Estado, creada en el año 1928 y cuya competencia original consistía entre otras, en la emisión de dictámenes generados en torno a las consultas formuladas por el Poder Ejecutivo, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en temas de relevancia pública.

Sin perjuicio de lo expuesto, la función de absolución de consultas en el Ecuador no ha variado sustancialmente, ya que no es sino a partir del año 2001, que mediante la expedición de la reforma a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se dotó de carácter vinculante a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado.

En este contexto, desde el año 2003, la Corte Constitucional ha venido pronunciándose respecto de la naturaleza jurídica del dictamen del Procurador General del Estado, en un principio considerándolo como un acto derivado de la administración consultiva que consiste en la absolución de consultas formuladas con relación a la aplicación, inaplicación o interpretación de una norma jurídica, cuya repercusión es determinante pero limitada a emitir opiniones jurídicas, por lo que no ocasiona efectos individuales, concretos y directos. Posteriormente, en los años 2009, 2012, 2016 y 2021, la Corte Constitucional del Ecuador generó una línea jurisprudencial que se ha mantenido vigente en el tiempo y que define al pronunciamiento del Procurador General del Estado, como norma creadora de derecho objetivo o acto normativo, que puede ser categorizada dentro de la estructura jerárquica normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como acto de poder público, caracterizada por ser general, abstracta y de carácter obligatorio.

Con estos antecedentes, si bien el pensamiento jurídico de la Corte Constitucional, ha sido coherente y estable en el tiempo, al catalogar a esta clase de pronunciamiento

como un acto normativo, esto no implica el fin de la discusión, porque la pluralidad de criterios existentes, influye de manera determinante en la incertidumbre que se genera al determinar el mecanismo idóneo de tutela jurisdiccional, aplicable en caso de una eventual vulneración de derechos, que puede ser impugnada no solo por la entidad consultante, si no los propios administrados. Por ello, esta investigación intentará establecer el mecanismo idóneo de impugnación que puede ser ejercido en contra de un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado.

Capítulo primero

Análisis doctrinario e histórico de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos con carácter vinculante, emitidos por el Procurador General del Estado

1. Antecedentes históricos de la competencia consultiva

Para poder abordar esta primera parte relacionada con la evolución histórica de la competencia consultiva en Ecuador, es importante partir de un concepto claro y conciso, como lo es, el aportado por Ramón Parada, en los siguientes términos: “Los órganos de la Administración con competencias resolutorias, es decir, los órganos de la Administración activa, necesitan del apoyo técnico de otros órganos para preparar sus decisiones; desarrollándose, de esta manera, la actividad consultiva a través de procedimientos y técnicas de diversa naturaleza”.¹

En este orden de ideas y con relación al objetivo práctico que persigue la función consultiva ejercida desde la administración pública, es destacable el criterio de Rafael Bielsa: “[...] el asesoramiento en las funciones gubernativas es una consecuencia no solamente de la división orgánica del trabajo, sino también del progreso institucional. Se sabe que el gobernante, cualquiera sea la esfera en que actúa, rara vez tiene la preparación jurídica, ni financiera [sic] ni en materia económica, que el cargo exige”.²

Dicho de otra manera, la competencia consultiva constituye una de las actividades administrativas que pone a disposición del órgano administrativo decisor los elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa que, inicialmente se materializa como una especie de soporte realizado a través de órganos técnicos que asesoran a otros órganos competentes de la toma de decisiones dentro del ámbito de sus competencias, las que se materializarán en actos o resoluciones que serán adoptadas en cumplimiento de sus funciones³.

¹ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, Volumen II (Madrid: Marcial Pons, 1990), 287.

² Rafael Bielsa, *Ciencia de la Administración*, 2da. Edición actualizada (Buenos Aires: Depalma, 1955), 265.

³ Dante A. Cervantes, *Manual de Derecho Administrativo* (Lima: Editorial Rodhas, 2008), 35.

Por excelencia el producto que resulta del ejercicio de la competencia consultiva no es otro que el dictamen o pronunciamiento. Al respecto, la ex Letrada del Consejo de Estado de España⁴, María José Trillo-Figueroa Molinuevo manifiesta que:

La función consultiva clásica se va a caracterizar [...] por su independencia respecto de la Administración activa y desde una perspectiva funcional, porque su actuación es a instancia de la Administración consultante, se manifiesta de forma intermitente y mediante la fórmula solemne y formal del dictamen. Son normalmente órganos colegiados de carácter técnico [...] o representativos de intereses [...].⁵

Bajo esta concepción, se realiza un primer acercamiento general hacia algunas de las características atribuidas a la función consultiva, desde la perspectiva de la optimización de su ejercicio, tales como la independencia, la capacidad técnica, el conocimiento especializado y la estructura orgánica que deberían acreditar los órganos asesores en el sector público.

Ernesto García-Trevijano señala que son 4 las características que identifican la naturaleza y funcionamiento de la función consultiva: *i) Separación del órgano decisor*, en aras de procurar la neutralidad, respecto de las consultas formuladas por la entidad consultante; *ii) Ámbito de competencia*, que tiende a ser general y transversal a los asuntos que revisten interés público para el gobierno;⁶ *iii) Estructura colegiada*, es decir que partiendo de la hipótesis de que la mayoría de órganos consultivos son colegiados, la composición y nombramiento de sus miembros debe obedecer a un esquema que permita incluir a integrantes de origen variado con el fin de garantizar la imparcialidad y la independencia; y, *iv) Dictamen anterior a la decisión*, es decir que el criterio emitido por el órgano consultivo es previo a la expresión de voluntad de la entidad consultante, ya

⁴ Los Letrados del Consejo de Estado, son funcionarios públicos que conforman el cuerpo especializado de asesores del supremo órgano consultivo del Gobierno, cuyas funciones consisten en el estudio, redacción y preparación de los proyectos de pronunciamientos / dictámenes relacionados con los asuntos que han sido sometidos a consulta del Consejo de Estado.

⁵ María José Trillo-Figueroa Molinuevo, “La función consultiva hoy: Su sentido y alcance”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 18 (2008): 131 - 132, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2736336m>.

⁶ “El interés público constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia, y en este entendimiento, el dictamen jurídico previo contribuye a la emisión de actos justos y razonables. En este punto, vale la pena aclarar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad.”*

* Ezequiel Cassagne, “La Función Consultiva jurídica en la Administración Argentina”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 3 (2012): 30, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967999>.

que su objetivo consiste en asesorar de manera preventiva al órgano activo que ostenta la competencia de decidir respecto del asunto objeto de la consulta⁷.

Por lo tanto, queda claro que la función consultiva es una actividad que surge de manera complementaria y auxiliar, que es desarrollada por los órganos que tienen a su cargo la administración activa; o, dicho de otra manera, la competencia para tomar decisiones, cuyo objetivo consiste en dotar de sustento técnico y jurídico para lograr la fundamentación y adecuada configuración de las decisiones administrativas, reconocida como uno de los fundamentos de su validez. Al respecto, Patricio Secaira señala que: “[...] la motivación, es igualmente un requisito que afecta la sustancia del acto administrativo, por ello su ausencia o defectuosa expresión genera la nulidad de la resolución. Es más, el defecto en la motivación equivale a inexistencia de ella”.⁸

Una vez efectuado un acercamiento primario al concepto de competencia consultiva, su objetivo y características, considero oportuno realizar una breve recapitulación del surgimiento y la evolución histórica de dicha función dentro del sistema jurídico Romano Germánico, específicamente en el derecho romano y el derecho francés, que además de constituir paradigmas y fuentes orientadoras del derecho en Latinoamérica, cuyo nivel de influencia fue decisivo en la construcción del derecho administrativo en el Ecuador, son evidencia de las transformaciones inherentes al proceso histórico de racionalización del poder, que ameritan ser expuestas, sobre todo desde el enfoque propuesto por el profesor de la Universidad de Praga, Robert von Mayr: “De aquí que sólo pueda dominar el derecho vigente quien haya estudiado previamente sus fundamentos históricos. Sólo la historia del derecho, la explicación del derecho del presente como un producto del pasado, nos puede llevar a la plena inteligencia de nuestra vida jurídica actual.”⁹

1.1 Derecho Romano

Aunque coincido plenamente con la concepción imperante en el ámbito académico y científico, que señala al Derecho Administrativo como un producto de los

⁷ Ernesto García-Trevijano Garnica, “La Función Consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133 (1994): 132 - 140.

⁸ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 186.

⁹ Robert Von Mayr, *Historia del Derecho Romano*, Segunda Edición, Volumen I (Barcelona: Labor, 1930), 8.

tiempos modernos, cuya identidad propia, consolidación y perfeccionamiento se remontan al siglo XVIII con el estallido de la Revolución Francesa, no es menos cierto que la construcción de las instituciones jurídicas constituye un proceso de acumulación y adaptación de técnicas y concepciones provenientes de diversos períodos históricos, por lo que no se podría desconocer la enorme influencia que el derecho público romano ha tenido en la historia de los ordenamientos jurídicos occidentales, pese a que durante la atención se centró en cuestiones iusprivatistas, así como tampoco se podría calificar como poco relevantes los hechos acaecidos en Roma, espacio histórico desde el que se constató la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, a través del desarrollo de normas jurídicas que permitieron estructurar la administración del Estado, así como las actividades de los funcionarios públicos, incluida la de los órganos asesores.

Por esta razón, considero relevante realizar una breve recapitulación que permita encontrar expresiones del ejercicio de la función consultiva en la antigua Roma, tanto en las épocas de la República, como del Imperio, con la finalidad de poder identificar algunos factores característicos de esta clase de actividad, que como se apreciará a lo largo del desarrollo de este apartado, constituyeron formas primigenias de administración pública, mediante las cuales el regente del poder buscaba gobernar adoptando decisiones que no respondan solo a sus intereses propios, sino además, a una visión especializada de la problemática jurídica en la que se encontraban inmersos los administrados.

Con estos antecedentes, el Imperio Romano que va desde el momento de la fundación de la ciudad de Roma en el siglo VIII a.C., hasta el siglo VI de nuestra era, época en la que apareció la compilación de normas del emperador Justiniano, que hoy se conoce como el *Corpus Iuris Civilis* (Código, Digesto e Instituciones), trajo consigo tres siglos de importantes avances en materia jurídica.

En lo que respecta a la competencia consultiva, durante el **Período Monárquico** que va desde la fundación de Roma en el año 753 a.C. hasta el año 509 a.C., el monarca se constituyó el centro de la actividad administrativa, quien con apoyo de los Comicios y el cuerpo colegiado de asesores al que se denominó, como Senado, constituían los órganos consultivos por excelencia, cuya función consistía en brindar asesoría al monarca en sus labores de gobierno. Los integrantes del Senado eran nombrados de manera directa por el Rey de entre los ancianos; y, su labor asesora encontró se expresaba mediante la emisión de recomendaciones denominadas *senadoconsulto*, dictadas para dar respuesta a cuestiones prácticas relacionadas con la política y el gobierno, y cuyo contenido orientador, permitió que ganaran importantes espacios dentro de la actividad

administrativa de un imperio donde la principal fuente creadora de derecho era la costumbre.

Posteriormente en la **Etapa Republicana**, cuya duración soportó el transcurso de 500 años durante los cuales el imperio consolidó su dominio en el territorio constituido sobre la Península Itálica, comprendido entre los años 510 a.C. y el año 27 a.C., se caracterizó por las luchas de clases sociales basadas en el poderío económico de los grupos en pugna, principalmente entre los patricios y plebeyos, estos últimos representados por los Tribunos de la Plebe y la Asamblea de la Plebe, cuyas facultades estaban claramente relacionadas con las convocatorias a asambleas entre los plebeyos, así como la toma de decisiones de obligatorio cumplimiento dentro de este grupo¹⁰.

Cabe mencionar que, en este periodo las principales fuentes del derecho fueron la ley, el plebiscito, el senadoconsulto, el edicto de los magistrados y la jurisprudencia. Esta última fuente del derecho romano, me refiero a la jurisprudencia, se basaba en la facultad de *ius respondendi* ante los casos propuestos, de tal manera que la respuesta sea generada de manera objetiva y sin necesidad de que sea comunicada a la persona que planteó la consulta en específico, ya que bastaba con que sea comunicada en privado, ya sea con fines docentes, o como precedente respecto de la forma de argumentar los dictámenes posteriores.

En esa línea, el desarrollo de la competencia consultiva, que desde su origen fue de la mano con la evolución del senado romano, experimentó un cambio trascendental, cuando se permitió la inclusión de los plebeyos dentro del órgano colegiado, lo que a su vez propició que el senado se democratice y que se constituya en un órgano meramente consultivo sobre los asuntos determinados por el monarca, que a su vez adquirió competencias legislativas, principalmente en materia de reglamentación de temas administrativos, sin que por ello haya sido considerado como un cuerpo legislativo propiamente dicho.

En este periodo se produjo la codificación del derecho, mediante la compilación de normas consuetudinarias, con el objetivo de que la ley rija de manera igualitaria y general para los ciudadanos romanos. En el año 451 a.C., esta actividad estuvo a cargo de 10 magistrados llamados decenviros, cuyo trabajo dio como primer resultado las X Tablas que contenían las disposiciones normativas tendientes a clasificar al derecho de

¹⁰ La Ley Hortensia que data del año 287 a.C., permitió que los plebiscitos también sean de obligatorio cumplimiento para los patricios y a su vez, promovió el tratamiento igualitario entre los ciudadanos romanos, independientemente del grupo social o económico al que pertenecieran.

acuerdo con su objeto de estudio, entre los cuales se reglamentó el derecho público, basado en las relaciones generadas entre los ciudadanos romanos con su gobernante; y, al derecho privado, por las relaciones de antagonismo generadas entre los patricios y los plebeyos. Este trabajo de codificación fue complementado en el año 449 a.C. mediante la expedición de 2 nuevas tablas, cuyo contenido dio origen a la Ley de las XII Tablas¹¹.

En este contexto, la competencia consultiva fue desarrollada a través de las opiniones emitidas por los jurisconsultos, mediante la interpretación y sistematización del derecho, en torno a problemáticas legales presentadas, ya sea por magistrados o por particulares, dotando a esta actividad de la fuerza propia de la doctrina. La actividad generada por los jurisconsultos fue clasificada de acuerdo con las siguientes funciones: *respondere* o dar contestación verbal a las consultas que se les formule; *cavere* o redacción de documentos jurídicos; *agere* o asesoría a las partes durante el desarrollo del litigio; y, *scribere*, referida a la creación de textos doctrinarios; e incluso cobró relevancia, la labor de difusión del conocimiento jurídico, a través del desarrollo de la actividad docente.¹²

Posteriormente, durante la **Época del Imperio**, se pueden diferenciar dos etapas igual de importantes en la evolución de la función consultiva. La primera de ellas va desde el año 27 a.C., cuando Augusto asumió el poder, hasta la proclamación de Dioclesiano como emperador, en el año 284 de nuestra era, donde tuvo lugar el desarrollo de lo que conocemos como derecho clásico, caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia, conocida como **Principado**; y, una segunda etapa, conocida como **Bajo Imperio, Dominato o Autocracia**, que va desde el año 284 hasta el 476, año de la caída del Imperio Romano Occidental,¹³ caracterizado por el sincretismo entre la cultura romana de occidente con las tradiciones helenísticas de medio oriente.

En la **Etapla del Principado**, se evidenció una dualidad del poder, que era compartido entre el senado y el emperador. El senado se consolidó como el cuerpo

¹¹ Creadas en el año 462 a.C. por el Tribuno Terentio Arsa, quien en un primer momento codificó las nociones de derecho existentes en 10 Tablas. Posteriormente en el año 534 d.C. incorporó 2 Tablas adicionales, estableciéndose la denominada Ley de las Doce Tablas. Tablas I, II, III, Derecho Procesal Privado; Tablas IV, V, Derecho de Familia y Sucesiones; Tablas VI, VII, Derechos de Obligaciones y Derechos Reales; Tablas VIII, IX, Derecho Penal, Derecho Público y Derecho Privado; Tabla X, Derecho Sacro; y, Tablas XI, XII, Tablas de los Injustos.

¹² Marta Morineau, "Bases Históricas de la Familia Romano Canónica", en Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Coordinadora Nuria González Martín (México: UNAM, 2006), 58, <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/24823>.

¹³ El Imperio Bizantino tuvo una larga supervivencia hasta el año 1.453, cuando Constantinopla, la capital del Imperio Romano Oriental, cayó en poder de los turcos, hecho a partir del cual concluyó el periodo del Imperio Romano de Oriente y marcó el final de la Edad Media.

legislativo encargado de emitir *senadoconsultos*, que como se mencionó anteriormente constituían la opinión de carácter consultivo y no vinculante, dada por el Senado a un magistrado, respecto de las cuales, uno de los más destacados fue el Edicto de Adriano del año 130 a.C., a través del cual el jurista Salvio Juliano fue el encargado de realizar un trabajo de compilación, sistematización y actualización de los edictos emitidos por los magistrados, dando origen a un edicto único y definitivo. La promulgación de constituciones imperiales o medidas legislativas adoptadas de manera exclusiva y directa por el emperador, fueron clasificadas como: *edicta, mandata, decreta y rescripta*.¹⁴

Es relevante para los fines de este capítulo, referirnos a los *rescripta*, que constituyeron una de las formas de ejercicio de la competencia consultiva, mediante la cual el emperador daba respuesta directa a funcionarios públicos o particulares, acerca de cuestiones de derecho que fueran puestas a su consideración, que en caso de que provinieran del monarca, se denominaron rescriptas de gracias; o, si la decisión fuera sometida a consideración de un tercero imparcial delegado por el monarca, eran conocidas como *rescriptas ad litem* o *rescriptas de justicia*.

Otra de las aristas de evolución de la competencia consultiva, encontró cabida en la potestad otorgada por el emperador a favor de determinados jurisconsultos, para que estos últimos respondan a su nombre las consultas formuladas en torno a cuestiones jurídicas, con la única finalidad de recuperar la estabilidad del Imperio, por medio de la ley, actividad denominada como *ius publice respondendi ex auctoritate principis* o derecho a dar una respuesta con autoridad imperial; sin embargo, no es si no, hasta los años 193 y 211 d. C. cuando Septimio Severo asumió el poder, que los jurisconsultos lograron consolidarse como consejeros del príncipe, en materia de política legislativa y judicial, desde las diferentes instituciones que conforman la administración central, bajo las denominaciones de *consilium principis* o consejo del príncipe, los *scrinia palatina* u oficiales administrativos y los *praefecturae* o prefectos, cuyas atribuciones abarcaban competencias consultivas en el ámbito militar y el civil.

En este contexto, la competencia consultiva se materializaba en importantes actividades de la administración, como por ejemplo, en las decisiones de carácter contencioso, donde el trabajo jurídico de asesoría de los jurisconsultos constituía por excelencia, el mecanismo de comunicación entre el príncipe y sus súbditos; en la formulación de constituciones, en las que se evidencian los rasgos propios del

¹⁴ Morineau, “Bases Históricas de la Familia Romano Canónica”, 60.

pensamiento de los juristas de la época, que daban al imperio una forma más justa de gobierno; o, mediante la fundamentación teórica formulada en torno al poder del príncipe, expresada a través de sus escritos, con la finalidad de dotar al monarca de continuidad y atribuir a sus decisiones el valor de ley, lo que podría ser perfectamente en el aforismo de Ulpiano *quod principi placuit, legis habet vigorem*, cuyo significado hace referencia a que la voluntad del príncipe ostenta fuerza de ley.¹⁵

Dichas opiniones acarreaban una gran importancia para el desarrollo de la actividad administrativa ya que, ostentaban fuerza de ley, lo que a su vez permitió el perfeccionamiento de la doctrina, expresada a través de la actividad ejercida por los jurisconsultos, especialmente en el ejercicio del *respondere*, situación fáctica que encuentra respaldo en lo expresado por Pietro de Francisci en su obra, Síntesis histórica del Derecho Romano, en los siguientes términos: “Los méritos de esta doctrina, que se revelan incluso en la forma de los escritos, fueron reconocidos por los mismos contemporáneos y consagrados oficialmente por los emperadores, que, con la única excepción de Calígula, se rodearon de juristas como consejeros, y les llevaron alguna vez a los cargos más elevados”.¹⁶

Entre los años 284 hasta el 476, cuando Flavio Odoacro depuso a Rómulo Augústulo, último emperador de la Roma Occidental, se desarrolló el **Período del Bajo Imperio, Dominato o Autocracia** que vio la desaparición del Imperio Romano de Occidente, caracterizado por múltiples enfrentamientos militares, guerras civiles, invasiones a pueblos bárbaros y el traslado de la capital del Imperio de Roma a la ciudad de Bizancio, también conocida como Constantinopla.

En materia jurídica se trata de un periodo de decadencia, conocido también como **Época Posclásica**, dedicada a la compilación de la producción jurídica de las etapas anteriores, pero carente de producción jurídica propia de la época, principalmente debido a la implantación de un carácter absolutista a favor del emperador, quien además concentraba los poderes legislativo y jurisdiccional, con lo cual las constituciones se convirtieron en la principal forma de expresión de la voluntad del emperador, lo que repercutió en la seguridad jurídica y la anarquía legislativa del ordenamiento jurídico, que era interpretado o modificado según la visión del emperador de turno.

¹⁵ Noé Bustamante, *Locuciones Latinas en Materia Jurídica* (Bloomington: Palibrio, 2012), 586.

¹⁶ Citado en Morineau, “Bases Históricas de la Familia Romano Canónica”, 62.

Sin embargo, la coyuntura de decadencia y estancamiento de la producción legislativa, jurisprudencial y consultiva, dio lugar a una labor pasiva de recopilación cronológica y sistemática de las varias constituciones dictadas por los emperadores, que fueron conocidas como *codex* o *códices*, es decir la codificación de constituciones imperiales, cuyo más destacado exponente fue el jurisconsulto Papirio Justo, autor de la obra titulada *Libri XX Constitutionum*, que dio inicio a un amplio trabajo de recopilación, parecido a una codificación, situaciones históricas que impidieron evidenciar la evolución de la competencia consultiva propia de esta época.

Finalmente, a partir del siglo VI, una vez concluida la etapa de decadencia del imperio romano, se da inicio al resurgimiento del derecho clásico en la **Etapa Justiniana**, que inició con el ascenso al trono del Emperador Justiniano en el año 527 y cuya labor como gobernante se caracterizó por encaminar todos sus recursos, incluido el ejercicio de la competencia consultiva hacia una importante actividad legislativa, a través de la compilación y clasificación de todo el material jurídico existente, además de una labor creativa, basada en la adaptación de las normas existentes a las necesidades de la época y la creación de nuevas normas jurídicas, que fueron conocidas como *Corpus Iuris Civilis*, compuesto por el Código, el Digesto o Pandectas, las Instituciones y las Novelas.

Es en el Digesto y en las Instituciones donde se concentró el análisis doctrinario principalmente alimentado por los más destacados jurisconsultos romanos, e incluso la generación de una obra de texto dedicada a la enseñanza del derecho. Con la muerte de Justiniano en el año 565 d.C. concluyó la etapa de fundación de las bases del derecho romano que estuvo en todos los territorios que formaban parte del Imperio entonces conocido como Bizantino, hasta el 1453 y que sentó las bases de una primigenia forma de ejercer la competencia consultiva, que pese a haber sido desarrollada en un contexto en el que los 3 poderes del estado correspondían al ejercicio exclusivo del Emperador, generó una clara comprensión sobre la importancia de la asesoría en temas de administración pública, la incorporación de órganos asesores dentro de la estructura del gobierno, así como la imperante necesidad de que quienes ejerzan dichos cargos de confianza y alta responsabilidad, acrediten conocimientos especializados que les permitan generar precedentes de actuación dentro de la administración pública, cuya trascendencia constituya no solo una pauta de actuación para quienes formaban parte de la administración pública, sino se conviertan en fuente doctrinaria permanente.

1.2 Derecho Francés

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que:

El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. [...] el sistema absolutista era visto como la expresión de la más pura arbitrariedad.¹⁷

Con este antecedente, constituye un hecho generalmente aceptado que otro de los espacios destacados en los que resulta necesario analizar la actividad consultiva del Estado, es a través del Consejo de Estado francés, cuyo legado histórico en el perfeccionamiento y desarrollo del derecho administrativo resulta indiscutible, pues sentó los principios básicos de organización sobre los que se han construido otros Consejos de Estado, tanto en Europa como en Latinoamérica y cuyas dificultades de adaptación, han permitido que el Consejo de Estado francés sea un modelo para los demás, al mantener intacta la doble competencia consultiva y jurisdiccional, basada en la prevención y el control. Es decir que, mientras asesora, controla las actuaciones emanadas del mismo poder ejecutivo, debido al régimen de excepcionalidad en la aplicación del derecho común, a través de tribunales ordinarios, que son competentes para actuar en contra de cualquiera de las entidades que conforman el poder ejecutivo¹⁸.

A criterio del Marqués de las Marismas, en su intervención del año 1843, ante la Cámara de los diputados franceses, la existencia del Consejo de Estado se justifica en la necesidad de garantizar la justicia, a través de las funciones: jurisdiccional, en materia contencioso-administrativa y de asesoría técnica-jurídica. Con relación a la consecuencia de la implementación de una adecuada competencia consultiva señala que: “Se preparan mejor las decisiones administrativas cuando se tiene la experiencia de las dificultades contenciosas a que podrían dar lugar; se resuelven mejor las dificultades contenciosas cuando se conoce el espíritu de las decisiones administrativas. (...). Con el acercamiento del administrador que obra y el administrador que delibera la acción se hace más regular,

¹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, citado en *Notas de Agustín Gordillo*, 1era. Edición Argentina (Buenos Aires: Civitas Ediciones S. L., La Ley S.A.E., 2006), 440.

¹⁸ Patricio Secaira Durango, “Hacia un Consejo de Estado en Ecuador”, (tesis de maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDÉS”, Ambato, Ecuador, 2017.) <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/6455>, 63.

es decir, de una mayor corrección jurídica, y la jurisdicción se inspira mejor en las necesidades positivas”.¹⁹

Ahora bien, haciendo una breve referencia histórica, el Consejo de Estado tuvo su origen en la época feudal, a través del órgano colegiado denominado Corte del Rey, que entre los siglos X y XI, fue concebido como un ente asesor del monarca, conformado por los nobles feudales y dignatarios eclesiásticos, dedicado al ejercicio de funciones de interés general, en materia judicial, política y financiera. Posteriormente, en el siglo XVI, bajo el protectorado de Enrique III, el Consejo de Estado evolucionó en un conjunto de órganos y cuerpos, con competencias específicas, enfocadas en la resolución de grandes temas del gobierno, sobre todo en materia de política exterior. Con el paso del tiempo la Corte evolucionó en el Consejo del Rey,²⁰ cuyos integrantes fueron reemplazados por funcionarios técnicos, estudiosos de temas de administración pública, a quienes se les encomendó la preparación de las resoluciones y que después serían conocidos como consejeros de Estado.

Durante el **Periodo de Monarquía Absoluta**, bajo el largo reinado de Luis XIV, el Rey Sol, comprendido desde 1661 hasta 1715, dada la característica omnipotencia del monarca, el Consejo de Estado adoptó un carácter más privado, concebido como órgano técnico de consulta del rey en asuntos políticos, conocido como Alto Consejo de Estado; y, en asuntos administrativos, como Consejo de Despachos. Además, amplió sus atribuciones en lo que respecta al manejo de temas financieros administrados a través del Consejo Real de Finanzas, así como el manejo de asuntos de naturaleza administrativa y contenciosa, lo que requirió de la participación de eminentes figuras de la época, determinantes en la consolidación del pensamiento jurídico, económico y militar de la época, tales como Jean Baptiste Colbert, Louis Le Tellier y el Marqués de Vauban, entre otros.

Con relación a su funcionamiento, como órgano asesor del gobierno que concentraba los 3 poderes, ser miembro del Consejo de Estado demandaba un estricto régimen de confidencialidad, así como la necesidad de acreditar una trayectoria caracterizada por la probidad notoria, que les permitiera asumir competencias en asuntos

¹⁹ Orlando Triguero Ortiz, “Diferentes Modelos de la Función Consultiva y Jurisdiccional de la Institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 15 (2016): 3, <https://doi.org/10.17561/rej.v0i15.3152>.

²⁰ El antecedente inmediato más cercano al Consejo del Rey, fue la curia regia medieval, cuya competencia estaba circunscrita a la prestación de servicios de asesoría a favor de la monarquía, en temas de administración del estado y la emisión de pronunciamientos emanados de la justicia real.

de remarcada importancia política y administrativa, tales como, la facultad de anular las sentencias de los tribunales ordinarios; como tribunal administrativo, constituirse en última instancia de todas las jurisdicciones especiales; y, bajo el consentimiento del Rey, en su calidad de consejo de gobierno, discutir y proponer gran parte de las leyes, incluso en materia tributaria.

Sin embargo, debido a la estricta interpretación del principio de división de poderes en el Estado surgido en 1789, a raíz de la **Revolución Francesa**, se suprimieron el Consejo de Estado y el Parlamento, debido a la desconfianza que generaron entre los administrados, al ser calificados como organismos asesores del rey, principalmente por el origen de sus integrantes que, en su mayoría eran personas de notable influencia en todas las esferas del poder y frontalmente adeptos al régimen monárquico, por lo que en ese complejo contexto, la evolución de este órgano se evidenció con la creación de la jurisdicción administrativa, que implicó que el poder ejecutivo no pueda ser enjuiciado por ningún otro poder, ni siquiera por el judicial, ya que al estar separados, debía ser el propio poder ejecutivo el único competente para juzgarse a sí mismo, lo que dio lugar a un sistema de justicia retenida, basado en el principio de “juzgar a la Administración también es administrar”.²¹

En este contexto, el 13 de diciembre de 1799, con la llegada de la Constitución de la república francesa del 22, frimaire del año VIII, que principalmente consagra el deseo de orden de la burguesía y la organización del poder con fundamento en bases políticas estables, se da inicio a la época conocida como el **Primer Imperio** o **Imperio Napoleónico**, en el cual se reestablece el Consejo de Estado, adjunto a las Asambleas y al Consulado, dirigido por los Cónsules y dividido en 5 espacios de poder: legislativo, finanzas, guerra, marina e interior, cuya atribución esencial se basaba en realizar propuestas legislativas, que se centraron en la redacción de proyectos de ley y normas reglamentarias para el adecuado funcionamiento de la administración pública; y, sumado a ello, la capacidad de resolver conflictos que llegaran a suscitarse en materia administrativa, manteniendo su naturaleza asesora, ya que la facultad resolutive continuaba siendo privativa del monarca.

Además de las atribuciones mencionadas, el Consejo de Estado cumplía con un doble cometido en materia consultiva y jurisdiccional, en dos temas primordiales para el

²¹ Triguero, “Diferentes Modelos de la Función Consultiva y Jurisdiccional de la Institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia”, 6 - 7.

adecuado funcionamiento del aparato público: en ejercicio de la función consultiva, como consejero técnico del gobierno en temas legislativos y reglamentarios, incluso en la defensa de dichos proyectos normativos ante la legislatura; y, en materia contencioso-administrativa, en la dirimencia de conflictos originados en asuntos administrativos entre los particulares y las entidades estatales, atribución que con seguridad fue la que se ejerció con mayor impulso y respaldo del gobierno. Aunque no menos importante, cabe señalar que, bajo esta concepción, el Consejo de Estado también tenía la capacidad de autorizar el enjuiciamiento de funcionarios públicos, cuando de por medio existieran denuncias por la comisión de irregularidades en el ejercicio de su cargo.²²

En este contexto histórico, en palabras de Eduardo García de Enterría, la competencia consultiva propuesta a través del Consejo de Estado Napoleónico:

[...] no se presta conforme al esquema clásico, mediante dictámenes formales (consecuencia de la «separación» entre las funciones activa y consultiva), sino también, y sobre todo, a través de una relación inmediata y constante que, de tan íntima, no permite ser expresada como dictamen dirigido por «un» órgano, a «otro» órgano, ni, por tanto, presenta ordinariamente ninguna constancia formal.²³

La **Decadencia del Consejo de Estado**, se produjo entre los años 1815 y 1830, durante el periodo de Restauración Monárquica, debido a que la competencia consultiva ejercida a través de este organismo se redujo con relación al procedimiento de elaboración de leyes, con la consecuente ampliación de la competencia legislativa a favor de la Cámara, llegando al punto de cuestionar la existencia misma del Consejo de Estado y dando lugar a que su funcionamiento se articule a través de Comisiones dentro de los Ministerios; sin embargo, la excesiva politización llevó a su momentánea disolución.

Desde 1879, mientras que la evolución del Consejo de Estado presentó una marcada tendencia hacia el impulso y desarrollo de la función contencioso jurisdiccional, a su vez experimentó una importante disminución de la competencia consultiva en materia legislativa, limitando el ejercicio de esta función, a los proyectos de ley referentes a asuntos administrativos gubernamentales, sumado a un natural distanciamiento del Parlamento, llegando incluso a circunscribir su relación únicamente con el Gobierno; sin embargo, su injerencia cobró relevancia en la elaboración de reglamentos, ya que al margen de los supuestos en los que el dictamen del Consejo de Estado resultaba ser

²² Francia, Constitución de la República Francesa del 22, Frimaire del año VIII, artículo 75.

²³ Eduardo García de Enterría, “Aspectos de la Administración Consultiva”, *Revista de Administración Pública*, n.º 24 (1957): 173.

preceptivo, el Gobierno siempre podría realizar consultas facultativas cuando lo estime oportuno. En este contexto, podemos asegurar que, desde sus inicios, al Consejo de Estado le correspondieron las tareas de orden consultivo que fueron estructuradas en función de los asuntos inherentes la administración pública: Interior, Finanzas, Obras Públicas, Social y Administración. Cada una de estas secciones estaba conformada por 1 presidente, 6 consejeros de Estado de servicio de régimen ordinario, 1 consejero de servicios de régimen extraordinario, varios relatores y 1 Asamblea General.

La Asamblea General del Consejo de Estado era competente para conocer ciertas materias debido a su relevancia y cuya misión fundamental consistía en limitar la arbitrariedad y el exceso de poder, que a criterio de David Blancher existe: “[...] cuando la Administración actúa de forma despótica o tiránica y hay un abuso de poder. También hay arbitrariedad cuando la decisión es absurda, ilógica o caprichosa; cuando el acto se dicta por pura y desnuda intuición, y no hay un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime y justifique la decisión adoptada”.²⁴

En este contexto, la labor de la Asamblea General del Consejo de Estado, consistía en aportar a la racionalización de las decisiones tomadas por los poderes públicos, a través de las siguientes atribuciones: i) En materia consultiva: Absolución de consultas formuladas por los Ministerios, mediante la designación de uno de sus miembros para brindar asesoría dentro de la administración pública; ii) En materia legislativa: Elaboración de proyectos que le sean requeridos y emisión de dictámenes no vinculantes, respecto de los proyectos de ley preparados por el Gobierno; y, iii) En materia de normatividad inherente al Ejecutivo: Emisión de dictámenes obligatorios respecto de los decretos con fuerza de ley y los reglamentos.²⁵

Manteniendo esta línea evolutiva, en la actualidad, el Consejo de Estado goza de una amplia autonomía funcional y sus miembros se benefician de un estatuto garantizador de su independencia; y, aunque sus dictámenes carecen de efecto vinculante,²⁶ tienen una

²⁴ David Blanquer, *Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 1308.

²⁵ Raúl Espinosa Fuentes, “El Consejo de Estado de Francia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 4 (1965): 28-34, <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i4.31598>.

²⁶ “Los supuestos de dictamen vinculante del Consejo galo se refieren, ya que no existe disposición que lo recoja en su totalidad, al reconocimiento, modificación de estatutos y disolución de las congregaciones, creación de bancos de datos informáticos en contra de la Comisión Nacional correspondiente, ocupación inmediata de terrenos en procedimientos expropiatorios, declaración de interés general de obras de construcción de conductos para el transporte de productos químicos y cuestiones relacionadas con la nacionalidad y el estado civil.”*

* Triguero, “Diferentes Modelos de la Función Consultiva y Jurisdiccional de la Institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia”, 15.

importante y marcada repercusión en las decisiones adoptadas por el gobierno, ya que independientemente de ser un órgano adscrito al poder ejecutivo, sus criterios revisten un verdadero baluarte de la legitimidad del ordenamiento jurídico francés; tal es así, que desde la Constitución del año 1958, además de su importante papel en materia contencioso-administrativa, en calidad de tribunal supremo, el Consejo de Estado ha mantenido sus atribuciones consultivas, estas últimas circunscritas al desarrollo de las siguientes competencias específicas:

1) La consulta obligatoria al Consejo de Estado.- Es de carácter previo y consiste en la obligación jurídica contenida en la norma de plantear consulta al Consejo de Estado, respecto de los proyectos de ley generados en torno a las siguientes materias: a) Modificación de la Constitución; b) Proyectos de leyes orgánicas; c) Decretos legislativos en materias técnicas, también conocidos como ordenanzas, tales como la transposición de las directivas europeas, la adaptación del derecho de ultramar, o la codificación; d) Decretos reglamentarios; y, d) Determinados proyectos de actos individuales o colectivos, como privación de la nacionalidad o declaratorias de utilidad pública. La omisión del dictamen preceptivo conlleva el efecto jurídico de nulidad del acto, basado en la incompetencia de autoridad, con lo cual se ratifica que el Consejo de Estado es considerado por el derecho francés como coautor en la adopción de los actos administrativos que requieren de dictamen preceptivo.²⁷

2) La consulta facultativa al Consejo de Estado. - Hace referencia a la solicitud de dictamen no obligatorio sobre cuestiones de derecho, administrativas o de política pública y cuyo uso es bastante frecuente por parte de los ministros y que pese a no estar prevista de manera expresa en la normativa, ejerce influencia decisiva en el quehacer público. Por ejemplo, en el caso de aquellas consultas relacionadas con problemas específicos que podrían no tener vinculación alguna con los proyectos de ley o decretos sobre las materias en las que el Consejo de Estado tiene competencia para emitir su dictamen previo y obligatorio.

En cuanto a su conformación, el Consejo de Estado cuenta con aproximadamente 300 funcionarios, escogidos a través de un concurso de selección efectuado por la Escuela Nacional de Administración conocida por sus siglas ENA, para lo cual los aspirantes

²⁷ “Alrededor de 110 proyectos de ley, 900 proyectos de decreto reglamentario y 300 textos no reglamentarios son examinados cada año.”*

* Jean-Éric Schoettl, *La labor consultiva del Consejo de Estado Francés*, <https://www.conseil-etat.fr>.

deben tener mínimo 30 años, acreditar título profesional o experiencia en el sector público por un tiempo mínimo de 10 años. De los postulantes que cumplan con el perfil requerido, se eligen cada año los mejores 5 expedientes de los egresados, quienes pasan a formar parte del Consejo de Estado, en calidad de Auditores y después de 12 años en el ejercicio del cargo son promovidos como consejeros de Estado. A mi criterio, este proceso de selección constituye una importante garantía de independencia ya que, del total de consejeros, tan solo una cuarta parte de los relatores del Consejo de Estado y una tercera parte de consejeros de Estado son elegidos de manera externa y directa por el Gobierno.²⁸

Con relación al procedimiento administrativo que se debe seguir para que el Consejo de Estado despliegue sus competencias en materia consultiva, específicamente respecto de proyectos de ley, que en la actualidad es una de las aristas más sobresalientes de la actividad consultiva del Consejo de Estado francés, se desarrolló un procedimiento reglado que contempla 6 etapas: 1) Visto bueno previo del texto a ser consultado, que debe ser efectuado por la Secretaría General del Gobierno y cuyo objetivo descansa en garantizar la adecuada coordinación interministerial y la calidad normativa.; 2) Presentación del Proyecto de Ley, que implica la asignación del proyecto a una sección o comisión y dentro de ellas, se nombra a uno o varios responsables del proyecto; 3) Exposición del proyecto y debate, cuyo resultado es el proyecto de ley reformado; 4) Tramitación interna en la sección designada que equivale a una especie de debate interno del proyecto socializado y reformado; 5) Tramitación ante la Asamblea General del Consejo de Estado que puede reformar o validar el proyecto de ley; y, 6) Comunicación de los resultados obtenidos por el Consejo de Estado al Gobierno.

No cabe duda que el Consejo de Estado francés es un órgano que pese a la erosión de la que sido objeto con el paso del tiempo y las transformaciones sociales, continúa siendo generador de importantes insumos y herramientas jurídicas que a través de los dictámenes emitidos en ejercicio de su competencia consultiva, repercuten de manera directa en las actuaciones administrativas gubernamentales y legislativas, ya que sin necesidad de que sus dictámenes gocen de carácter vinculante, su conformación y los procedimientos que respaldan su accionar, dotan de seguridad jurídica al ordenamiento, a la administración pública y a los propios administrados.

²⁸ Triguero, “Diferentes Modelos de la Función Consultiva y Jurisdiccional de la Institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia”, 16.

En la práctica, aunque en algunos casos los dictámenes del Consejo de Estado pueden involucrar respuestas directas y objetivas, en otro, el planteamiento de consultas que implican un alto nivel de complejidad, podrían desembocar en un análisis detallado, tendiente a un exhaustivo ejercicio de razonamiento lógico-jurídico con el objetivo de esclarecer la problemática expuesta, tal como ocurrió en 1989, cuando el Consejo de Estado francés emitió un dictamen sobre la compatibilidad entre el principio de laicidad en un colegio público y el uso del velo islámico²⁹.

A mi criterio, la presencia del Consejo de Estado francés es un indicador de que el éxito y permanencia de las instituciones públicas se logra a través de la preparación y capacitación técnica y permanente de sus miembros, lo que se traduce en seguridad jurídica y confianza de los administrados a favor de las actuaciones del Estado, cuya legitimidad descansa en el ejercicio de competencias claramente determinadas y debidamente ejecutadas; y, que lastimosamente, pese a constituir un verdadero paradigma, hasta la presente fecha no ha logrado ser replicado con éxito en ninguno de los países que han tomado como base de su desarrollo al derecho administrativo francés.

1.3 Derecho ecuatoriano

En el caso de Ecuador, la competencia consultiva del Estado tiene origen en la marcada influencia del pensamiento liberal francés sobre los patriotas de la época, quienes basaron sus actuaciones en los postulados de la Revolución Francesa y el contundente éxito del Consejo de Estado en Francia, que actuó de manera independiente entre las instituciones del Estado y los problemas que aquejaban a los ciudadanos, lo que sin lugar a dudas, constituía una verdadera garantía a favor de la estabilidad democrática e institucional³⁰, que en la práctica sirvió como un mecanismo para coartar la arbitrariedad de la administración, caracterizada por prácticas despóticas, encaminadas a la concentración del poder en la figura del monarca.

En este contexto, el Consejo de Estado fue una institución implantada en Latinoamérica, el 30 de octubre de 1817 por Simón Bolívar.³¹ Posteriormente, en la Constitución Gran Colombiana, expedida en Cúcuta en 1821, se estableció el Consejo de

²⁹ Jean-Éric Schoettl, *La labor consultiva del Consejo de Estado Francés*, 2 - 3.

³⁰ Secaira, *Hacia un Consejo de Estado en Ecuador*, 87.

³¹ El Consejo de Estado fue originalmente dividido en 3 secciones: Estado y Hacienda, Marina y Guerra, e Interior y Justicia.

Estado, como una estructura jurídico administrativa capaz de ejercer una doble función, tanto consultiva, como contencioso-administrativa. Una vez que la Gran Colombia fue establecida mediante Decreto expedido por Simón Bolívar, el 27 de agosto de 1828, el Consejo de Estado continuó funcionando con representantes de todos los departamentos integrantes de la república, con amplias e importantes competencias en torno a los siguientes asuntos: a) Preparación de los decretos y reglamentos de competencia del Presidente; b) Emisión de dictámenes previos y no vinculantes; y, c) Emisión de informes sobre la aptitud y mérito de jueces, tribunales, cortes y otras jerarquías gubernamentales, incluso las eclesiásticas.³²

De la revisión de las competencias referidas en el párrafo precedente, es evidente que desde el inicio de la etapa republicana en Ecuador, los Consejos de Estado también conocidos como Consejos de Gobierno, fueron investidos de competencia en materia consultiva, en asuntos expresamente determinados por la Constitución, que en un principio se activaban cuando el Congreso se encontraba en receso, por lo que su actuación dependía originalmente del Ejecutivo, el cual podía solicitar la opinión del Consejo de Estado, sin que sus pronunciamientos sean vinculantes, es decir que bien podían ser acatados o no, lo que en la práctica los constituía en meras opiniones jurídicas, que no acarreaban responsabilidad de ninguna naturaleza para el consultante en caso de su inaplicabilidad.

Con estos antecedentes, la primera Constitución ecuatoriana, aprobada en Riobamba en el año 1830, instituyó el Estado de Ecuador como confederado de Colombia, organizado bajo un sistema presidencialista, dentro de un esquema de división de poderes, que con relación a la competencia consultiva, estableció al Consejo de Estado como un órgano auxiliar del Ejecutivo, cuyas facultades estaban ligadas al Presidente, quien en algunos casos estaba obligado a solicitar dictamen al Consejo de Estado y en otros, podía solicitarlo a su discreción.

Las competencias del Consejo de Estado en materia consultiva se referían principalmente a temáticas relacionadas con temas administrativos y de control previo de legalidad. A continuación, se citan algunos ejemplos: emisión de dictámenes respecto de la calificación del peligro, por conmoción interior o invasión exterior en contra del Estado, siempre que el Congreso no se haya reunido; remitir ternas para la designación de ministros de las cortes de justicia, obispos y dignidades eclesiásticas, generales y

³² Secaira, *Hacia un Consejo de Estado en Ecuador*, 88.

coroneles; emitir pronunciamientos sobre la suspensión de servidores públicos; y, generar de dictámenes previos para la sanción de leyes y sobre los proyectos de ley que presente el gobierno.³³

En el año 1835, se estableció de manera definitiva la República del Ecuador como un Estado unitario e independiente, continuando bajo el esquema del sistema presidencialista; sin embargo, en la Constitución promulgada en ese año, se eliminó el Consejo de Estado, para dar lugar a la creación de un Consejo de Gobierno, el cambio fue meramente formal, ya que las competencias atribuidas a este nuevo órgano en materia consultiva, eran similares, si no idénticas a las del Consejo de Estado originalmente concebido en la Constitución de 1830.

Con el objetivo de consolidar el régimen presidencialista, en el año 1843 se expidió la Constitución históricamente conocida como la Carta de la Esclavitud, mediante la cual se redujo de manera significativa la competencia consultiva en comparación con las constituciones anteriores, y se instauró un Consejo de Ministros³⁴, cuya naturaleza era la de órgano auxiliar del Ejecutivo, con atribuciones de asesoría jurídica no vinculante para el consultante, en materia legal o cualquier otra requerida por el Presidente en uso de su facultad discrecional, basadas en las funciones del Consejo de Estado originalmente instituido, pero con modificaciones que permitían la injerencia indirecta en el poder judicial, relacionadas con la emisión de dictámenes respecto de las ternas presentadas para la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, miembros de los tribunales superiores y gobernadores provinciales, entre otras.

Apenas 2 años después, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1845 y en el contexto de la Revolución Marcista, el recientemente denominado Consejo de Ministros, se agrupó bajo la denominación de Consejo de Gobierno, con una marcada tendencia a la recuperación e incremento de sus atribuciones en materia consultiva, en su calidad de órgano auxiliar del Poder Ejecutivo, principalmente en lo que respecta a la emisión de dictámenes requeridos por el Presidente de la República; en temas legislativos, relacionados con la sanción de proyectos de ley presentados por el Congreso; a la emisión de pronunciamientos sobre la designación interina que podía hacer el Presidente de la República, así como respecto de los cargos cuya designación era de responsabilidad del

³³ *Ibíd.*, 90.

³⁴ *Ibíd.*, 90.

Congreso, e incluso, prohibiendo la injerencia del Ejecutivo en temas administrativos, inherentes a la organización y funcionamiento del Consejo de Gobierno.³⁵

Es en el año 1851, cuando el Consejo de Estado fue dotado de cierta independencia respecto del Ejecutivo, ya que el nombramiento de sus miembros dependía del Congreso³⁶ y, a su vez, se le atribuyó por primera vez, competencia en materia de control de legalidad y constitucionalidad, respecto de la actividad administrativa ejercida a través del poder ejecutivo; así como también, se le otorgó la potestad de control en torno a la admisión y preparación de los recursos de queja interpuestos en contra de la Corte Suprema o sus Ministros³⁷, atribuciones que fueron eliminadas en la Constitución de 1869.

Las constituciones de 1878 y 1883, principales baluartes de la era del progresismo, permitieron la consolidación de derechos individuales y la consagración del principio de legalidad, en las que ya se evidenciaban los tintes liberalistas promovidos por Eloy Alfaro, y que sirvieron de antesala para que bajo la bandera de lucha de los intereses económicos de la burguesía agroexportadora de la costa, el país se sumerja en el capitalismo, lo que derivó en la expedición de las constituciones de 1897 y 1906, caracterizadas por una tajante y definitiva separación entre la iglesia y el estado, y la extensión del catálogo de derechos, que dieron lugar a la creación de lo que se denominó Estado Social de Derecho.

Aunque manteniendo la competencia consultiva del Consejo de Estado, la revolución liberal, a través de la Constitución de 1906, trajo consigo la consolidación de la competencia en materia de control de legalidad y constitucionalidad a favor del Consejo de Estado, a través del reconocimiento de garantías constitucionales; sin embargo, se trató de una atribución declarativa, al ser ejercida a través de un mecanismo administrativo que no tuvo mayor repercusión en la realidad de la actividad emanada del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, lo que contrastó con el nacimiento de la actividad contencioso-administrativa a cargo del Consejo de Estado,³⁸ que junto con la actividad

³⁵ “[...] emplear en comisión a ninguno de los Consejeros de Gobierno sin la aprobación del mismo Consejo”.*

* Ecuador, Constitución de 1845, Artículo 89.

³⁶ La potestad del Ejecutivo en la designación de los miembros del Consejo de Gobierno, fue devuelta con la promulgación de la Constitución aprobada por la Convención Nacional reunida en Quito, el 6 de septiembre de 1852.

³⁷ Secaira, *Hacia un Consejo de Estado en Ecuador*, 91.

³⁸ Con la Constitución de 1967 se creó la actividad de lo contencioso-administrativo, que junto con los asuntos tributarios fueron encasillados como de orden jurisdiccional, pero de manera independiente de los órganos que integraban la Función Judicial, ya que su competencia fue encargada al Tribunal de lo

derivada del ejercicio de la competencia del control de legalidad, serían ejercidas de manera privativa hasta la expedición de la Constitución de 1945, mediante la cual se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales.

En este contexto, en la Presidencia de Isidro Ayora, mediante Decreto Supremo No. 188 de 2 de agosto de 1928, se creó la Procuraduría General de la Nación, como un organismo de naturaleza técnica – jurídica, al que se le asignó de manera específica el ejercicio de la competencia consultiva en materia de derecho público, entre otras, cuya principal y original atribución se centraba en la emisión de pronunciamientos dirigidos a atender las consultas de los Ministros de Estado, en torno a la inteligencia o aplicación de la ley, en asuntos de interés público.

En la Constitución de 1929 considerada como la precursora del constitucionalismo ecuatoriano, se realizan trascendentales cambios al establecer que sería a través de la ley como se determinarían las competencias específicas del Consejo de Estado; respecto de su estructura es dividido en secciones y su conformación contaría con la participación de los siguientes funcionarios públicos: Procurador General, Contralor General de la Nación, el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central, el Inspector General del Ejército, un representante de la Educación Pública, cuyo liderazgo fue confiado al Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la creación de la Procuraduría General del Estado no resultó en la eliminación del Consejo de Estado, por lo que ambos órganos coexistieron hasta la Constitución de 1946, año en el que el Consejo de Estado fue dotado de la facultad de dictaminar sobre los contratos que por su cuantía requieren de licitación, así como respecto de los asuntos que sean requeridos por el Ejecutivo y manteniendo su competencia de decisión en cuestiones contencioso-administrativas; sin embargo, el aumento del ámbito de competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y la creación de los Tribunales de lo Contencioso en 1967, fueron con seguridad, las razones más relevantes para la decadencia de este órgano de naturaleza eminentemente consultiva, que desde la creación del Estado ecuatoriano fue reconocido como el principal cuerpo colegiado, a cargo de prestar asesoría en materia jurídica al Poder Ejecutivo.

En el año 1978, la Constitución dotó a la Procuraduría General del Estado, de autonomía y personalidad jurídica propias, logrando así su escisión del Poder Ejecutivo, constituyendo al Procurador como el único representante judicial del Estado y sumando

Contencioso Administrativo, creado con el mismo rango de la Corte Suprema de Justicia y competencia nacional.

a sus competencias el ejercicio del Ministerio Público, que a la luz de lo prescrito en la Constitución de 1979 contemplaba el patrocinio del Estado; el asesoramiento jurídico; el patrocinio público realizado por la Fiscalía, los Ministros y Agentes Fiscales; y, el control del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.³⁹

Finalmente, en la Constitución de 1996, se separaron las competencias atribuidas al ministro fiscal general respecto de las conferidas al Procurador General del Estado, debido a la notable diferencia de la naturaleza de sus funciones, pero otorgándoles la misma jerarquía, así como un proceso similar para su designación ante el Congreso. Al respecto, la consolidación del Estado de Derecho reviste entre otras cosas que, las potestades que ostentan las autoridades públicas tengan origen en el principio de legalidad, debido a que: “[...] la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos”.⁴⁰

Sin perjuicio de lo expuesto, es a partir de la asignación de competencias específicas a cada uno de los órganos del Estado como puede hacerse efectivo el ejercicio de sus facultades, así como también limitarlas. La competencia es definida por Efraín Pérez como:

[...] el conjunto de funciones que un agente puede ejercer legítimamente. Así, el concepto de “competencia” da la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo con el ordenamiento jurídico. La competencia resulta de la aptitud legal de obrar del órgano administrativo.⁴¹

Por lo tanto, es desde el momento en el que Procurador General del Estado es investido de competencias específicas e independientes de otros órganos del Estado, cuando se origina su actividad de asesoría jurídica a través de la absolución de consultas relacionadas con la aplicación de normas jurídicas recientemente expedidas, poco claras, o que contengan reformas legales que hayan generado incertidumbre y confusión entre los principales destinatarios de su implementación, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, podría generar cierta confusión que en la actualidad son

³⁹ Raquel Sacaquirin Moscoso, “Los actos de la administración pública y el rol de la Procuraduría General del Estado”, (tesis pregrado, Universidad de Cuenca, 2015), 15, <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21868/1/tesis.pdf>.

⁴⁰ García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 449.

⁴¹ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Tomo I (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 126.

varias las entidades del sector público que han sido investidas con competencia consultiva, tales como el Servicio de Rentas Internas y el Ministerio de Trabajo, entre otras, que se diferencia de la competencia consultiva ejercida por el Procurador General del Estado, ya que las primeras únicamente pueden absolver consultas en torno a los temas concretos y específicos que forman parte del ámbito de su competencia, mientras que los pronunciamientos del Procurador General pueden versar sobre dudas generadas en torno a la aplicación de cualquier norma que forme parte del ordenamiento jurídico, por lo que su contenido es general y abstracto y por lo tanto, prevalece por sobre cualquier otro producto derivado de la función consultiva ejercida por el resto de entidades de la administración pública.

Salvo la reforma efectuada a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 372 de 19 de julio de 2001, mediante la cual se dotó de efecto vinculante a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, las facultades que originalmente le fueron conferidas no han variado de manera sustancial desde su creación. Tal es así que, en la actualidad, la absolución de consultas vinculantes emitidas por el Procurador General del Estado constituye una competencia fundamental dentro de la fase de asesoramiento preventivo y defensa jurídica del Estado, cuya finalidad consiste en disminuir las controversias surgidas entre entidades del sector público, que se derivan de una incorrecta aplicación de las normas de carácter infra-constitucional que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para este fin, el efecto vinculante de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, constituye una herramienta tendiente a dotar de eficacia a la competencia consultiva ejercida desde este órgano, ya que genera un precedente de actuación que constituye un fundamento de obligatoria aplicación para la administración pública, desde el momento en el que es notificado a la entidad consultante, sin que se haya planteado solicitud de reconsideración dentro del término de 15 días previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, luego del cual, el pronunciamiento causa estado en vía administrativa, e incluso los administrados, se verán sometidos a su aplicación en el marco de sus relaciones con el Estado.

2. Pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado: Características, alcances, limitaciones y efecto vinculante

2.1 Características

Para poder determinar las características particulares atribuidas a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, es necesario partir de la realidad jurídica ecuatoriana, basándonos en el análisis de los elementos contenidos tanto en la Constitución, como en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y su contraste con la doctrina, sin perjuicio de que aunque la competencia constitucional otorgada al Procurador General del Estado en el numeral 3 del artículo 237 de la Carta Magna es privativa, en la práctica, el ejercicio de la competencia consultiva no es exclusivo del Procurador General del Estado, ya que existen entidades del sector público, cuyos criterios constituyen verdaderas fuentes orientadoras de consulta y asesoría preventiva que guían el accionar de actores públicos y privados en asuntos específicos, tal es el caso de la Contraloría General del Estado, las superintendencias, el Ministerio del Trabajo, el Servicio de Rentas Internas, entidades públicas generadoras de una notable actividad consultiva en aspectos técnico-legales y normativos; ello, sin mencionar la competencia consultiva que en la actualidad cumple la Corte Constitucional en la materia de su competencia.

En este sentido, conforme lo establecido en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución, se le atribuye al Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: “3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.”. Con base en esta norma constitucional, podemos decir con absoluta certeza que el Procurador General del Estado es por excelencia el órgano de la administración pública autónoma, competente para el ejercicio de la función consultiva, a través de la asesoría y la absolución de consultas en materia jurídica.

En concordancia con la precitada norma constitucional, la parte pertinente del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece lo siguiente:

[...] el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se

trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis.

Como es de esperar, el precitado artículo desarrolla el contenido de la norma constitucional, con la finalidad de dotarla de las condiciones, alcances y limitaciones necesarias para su aplicación práctica. De esta manera, la actividad consultiva ejercida por el Procurador General del Estado, a través de la asesoría y absolución de consultas, se expresa a través de la emisión de pronunciamientos o dictámenes generados en torno a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, cuyos efectos jurídicos generales, los convierten en un mandato de cumplimiento obligatorio para la Administración Pública, e incluso para los particulares en sus relaciones con el sector público. Aunque a criterio de Rafael Oyarte:

[...] se puede estimar que el dictamen del Procurador General del Estado es un verdadero acto sui generis de autoridad pública, al no reunir los elementos y características que permiten calificarlo, en nuestro derecho y bajo nuestras concepciones tradicionales (que han sido objeto de crítica), como un acto normativo, un acto administrativo, un acto de simple administración o un acto complejo.⁴²

En este estado primario de la investigación, podríamos decir que el dictamen del Procurador General del Estado, es un tipo de actuación administrativa que debido a su discutida naturaleza jurídica, podría pensarse erróneamente que no cuenta con una jerarquía dispositiva específica, pero que con base en los criterios sobre la inteligibilidad de las normas jurídicas emitidos en el marco de su competencia consultiva, procura construir una interpretación oficial respecto de la forma de aplicación de la norma, con la finalidad de que pueda ser aplicada de manera armónica, uniforme y que sobre todo, que garantice la seguridad jurídica de los administrados, al dotar de certeza a las autoridades en el desempeño de sus funciones y la adopción de sus decisiones.

A continuación, se resaltan algunas de las características recogidas en la doctrina, inherentes a los pronunciamientos con efecto vinculante, emitidos por el Procurador General del Estado:

Carácter Auxiliar, respecto a la actividad administrativa pública, la que principalmente consiste en la emisión de actos que materializan el proceso de formación de la voluntad administrativa del Estado a través de las entidades competentes, mientras

⁴² Rafael Oyarte Martínez, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 6 (2006): 213.

que la función asesora emanada del Procurador General del Estado a través de la absolución de consultas, contiene criterios orientadores para el consultante con relación a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas, los mismos que servirán para que la entidad consultante adopte una decisión fundamentada en la legalidad y en armonía con la posición oficial del Estado, expresada por el Procurador.⁴³

Carácter Indelegable, ya que conforme el principio de legalidad contemplado en el artículo 226 de la Constitución, quienes actúen en ejercicio de una potestad estatal únicamente ejercerán las competencias y facultades que les hayan sido atribuidas en la Constitución y la ley; por lo tanto, sin perjuicio de la delegación de funciones que el Procurador puede realizar conforme las condiciones y requisitos determinados en el numeral 5 del artículo 50 del Reglamento a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, es decir que las consultas dirigidas a los direcciones regionales solo podrán ser contestadas cuando el asunto de la consulta haya sido materia de un pronunciamiento en firme y vigente, emitido por el Procurador General del Estado en funciones, o por su Subrogante⁴⁴, podemos asegurar que al no preverse de manera tácita ni expresa la posibilidad de delegación en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado ni en ninguna otra ley, esta característica es inherente a la competencia otorgada a favor del Procurador General del Estado.⁴⁵

Carácter Definitivo, ya que de acuerdo con lo establecido en el tercer inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, una vez resuelta la solicitud de reconsideración planteada por la entidad consultante o una entidad pública que se viera afectada, ya sea que el pronunciamiento rectifique o ratifique el criterio original, adquiere firmeza, sin que la entidad consultante tenga la posibilidad de hacer uso de ningún otro recurso en contra del pronunciamiento del Procurador, al menos en vía administrativa. Sin embargo, considero que podrían existir varias circunstancias que relativicen el carácter definitivo de los pronunciamientos, cito los siguientes casos a

⁴³ Álvaro Salazar Mejía, “Manual de Defensa Jurídica del Estado”, Primera Edición, Ecuador, noviembre 2021, <http://www.pge.gob.ec>, 47.

⁴⁴ “Cuando se trate de consultas que no hayan merecido pronunciamiento del actual Procurador General del Estado o Procurador General del Estado, Subrogante, los directores regionales enviarán al Despacho del Procurador General del Estado, el oficio del consultante con los antecedentes debidamente autenticados que incluirán el informe del asesor jurídico de la institución y el informe del abogado de la Dirección Regional, para resolver lo pertinente.”*

* Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, artículo 50, numeral 5.

⁴⁵ Oyarte, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, 203.

manera de ejemplo: a) Si el dictamen no resulta favorable para los intereses de la entidad consultante, y esta no solicita la reconsideración dentro del plazo legal conferido para tal fin, la máxima autoridad podría realizar una nueva consulta en otros términos o con un nuevo enfoque, con la intención de que el Procurador modifique su pronunciamiento original; b) De oficio, el Procurador podría motivar el cambio de su criterio, basado en la mutabilidad de las circunstancias, que en un principio contextualizaron la emisión del pronunciamiento original; y, c) Si se llega a determinar que el pronunciamiento contiene un eventual error de interpretación, o más grave aún, viola el ordenamiento jurídico, el Procurador General del Estado tendría la obligación constitucional y legal de modificar su criterio y con ello afectaría la firmeza del pronunciamiento, en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Sin que resulte contradictorio, esto nos lleva a la siguiente característica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, su **Carácter Flexible**, pero siempre limitado en el marco del principio de legalidad,⁴⁶ ya que la competencia consultiva, aunque ejercida de manera técnica, a través del inteligibilidad en la aplicación de normas jurídicas, debe procurar adaptarse a la dinámica de la realidad social, e incluso política, ya que al absolver consultas derivadas de la falta de claridad de una norma jurídica y la imposibilidad de ser aplicada al caso concreto, es de esperarse que dentro del ejercicio interpretativo que se realice, la recomendación del Procurador esté encaminada a que la aplicación de la norma jurídica en cuestión, tienda a prevenir un eventual conflicto en contra de los intereses del Estado.⁴⁷

Carácter Interpretativo respecto de la norma objeto de la consulta formulada por la entidad, ante los vacíos jurídicos o falta de claridad, problemas que logran ser percibidos con ocasión del planteamiento de un caso concreto, cuya absolución está orientada a brindar asesoría con fines preventivos, mediante un criterio orientador del accionar público, sin perjuicio de las competencias en materia de interpretación, otorgadas por la Constitución de la República y la Ley a la Función Legislativa, a la Corte Constitucional y a la Función Judicial. Al respecto, con relación al carácter interpretativo de los pronunciamientos, el Manual de Defensa Jurídica del Estado establece que están orientados a: “[...] aclarar dudas que existieran respecto al entendimiento de mandatos

⁴⁶ Cynthia Chiriboga Freire, “El Paradigma del Derecho Blando Administrativo: Un análisis del Dictamen del Procurador General del Estado”, (tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2019), <https://repositorio.usfq.edu.ec>, 34.

⁴⁷ *Ibíd.*, 34

normativos, resolver contradicciones entre postulados normativos o cubrir vacíos normativos, siempre y cuando existan suficientes elementos en la ley analizada a fin de que tales vacíos puedan ser superados a partir de aquellos elementos”.⁴⁸

Ausencia de procedimiento reglado, esta es otra de las características que diferencian a este clase de dictámenes respecto de otras formas de actuación administrativa, ya que al tratarse de una consulta jurídica contextualizada dentro de un caso concreto que incumbe a la administración pública por prescripción de la ley y que no constituye un parámetro susceptible de impugnación, bastaría con que el Procurador General del Estado cuente con la consulta y el informe del Asesor Jurídico de la entidad consultante, con lo cual se asegura una clara identificación de los involucrados y los intereses jurídicos en juego, así como el sencillo y expedito acceso del órgano competente a los elementos de juicio necesarios que materializarán el ejercicio de su competencia a través de la emisión del pronunciamiento.⁴⁹

Carácter Unilateral, porque se trata de una actuación administrativa realizada en el ejercicio de una competencia administrativa, la misma que se presume legítima, pero que no es ejecutoria por sí misma, ya que no es el contenido del pronunciamiento la fuente generadora de una obligación de hacer o no hacer imputable al administrado, sino que el criterio del Procurador únicamente constituirá el fundamento o antecedente para que la entidad consultante adopte una decisión, que servirá de vehículo para la materialización de la voluntad administrativa.⁵⁰

Carece de eficacia jurídica directa por sí mismo, ya que como se mencionó en el párrafo precedente, no es el criterio contenido en el pronunciamiento del Procurador General del Estado lo que genera una directa afectación al administrado, sino el acto administrativo que materializa la decisión final adoptada por el órgano consultante, mediante la producción de efectos jurídicos directos e inmediatos a favor o en contra del administrado, lo que resulta debatible, ya que si se trata de un acto administrativo complejo, que se origina en el concurso de voluntades de varios órganos, la entidad consultante deberá emitir su decisión en conformidad con el pronunciamiento emitido por

⁴⁸ Álvaro Salazar Mejía, “Manual de Defensa Jurídica del Estado”, Primera Edición, Ecuador, noviembre 2021, <http://www.pge.gob.ec>, 44.

⁴⁹ Chiriboga, *El Paradigma del Derecho Blando Administrativo*, 35.

⁵⁰ Oyarte, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, 210.

el Procurador, que en caso de no ser acatado por la entidad consultante, podría acarrear la nulidad el acto final, por afectar la legitimidad de su contenido.⁵¹

2.2 Alcance

En este contexto, por mandato constitucional, la competencia consultiva del Procurador es tan amplia, como para poder absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de la ley, entendiéndose incluida toda norma de naturaleza infra-constitucional que forme parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir que conforme lo determinado en el artículo 425 de la Constitución, cualquier consulta que se refiera a la inteligencia o aplicación de normas legales, regionales, ordenanzas distritales⁵², decretos y reglamentos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones; y, los demás actos y decisiones de los poderes públicos, podría ser objeto de los pronunciamientos del Procurador General del Estado.

Sin embargo, ¿Se podría considerar al criterio emitido por el Procurador sobre la aplicabilidad e inteligibilidad de las normas constitucionales como una forma de interferir en el desarrollo de las competencias de otras autoridades u organismos? El numeral 3 del artículo 237 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, es claro al delimitar el alcance de la competencia consultiva del Procurador, estableciendo que la absolución de las consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, alcanzando inclusive aquellos temas respecto de los cuales la

⁵¹ *Ibíd.*, 210.

⁵² Mediante Oficio No. 01421 de 23 de junio de 2008, el Procurador General del Estado absolvió una consulta formulada por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, respecto a la vigencia, aplicación y exigibilidad del Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, para lo cual el Procurador General del Estado analizó y contrastó las normas jurídicas infra-constitucionales contenidas en la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y el artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, así como el medio ambiente y los derechos del consumidor de la Comunidad Andina de Naciones, concluyendo lo siguiente: “El artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, hace alusión expresa al derecho a importar vehículos ortopédicos y no ortopédicos y vehículos nuevos y usados de hasta tres años anteriores al modelo de autorización, destinados al traslado de personas con discapacidad; artículo que, según el criterio del Señor Procurador General del Estado, es contradictorio con el artículo 27 literal i de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, así como el medio ambiente y los derechos del consumidor. En razón a ello, el señor Procurador señaló que el artículo 23 de la Codificación de la Ley de Discapacidades resulta inadmisibles, lo que repercute directamente en la imposibilidad de importar vehículos no ortopédicos y vehículos de hasta tres años de fabricación. Resta señalar que el Consejo Nacional de Discapacidades presentó recurso de reconsideración sobre el dictamen proferido por el señor Procurador General del Estado, quien lo rechazó mediante oficio del 4 de agosto del 2008.”

Constitución o la ley no otorguen competencias específicas a otras autoridades u organismos.

Al respecto, los artículos 3, literal e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que establecían la facultad del Procurador General del Estado para absolver consultas respecto a la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, fueron declarados inconstitucionales mediante Sentencia No. 002-09-SAN-CC, emitida por la Corte Constitucional para el Período de Transición, publicada en el Registro Oficial 566 Suplemento, de 8 de abril de 2009, por lo que existe claridad absoluta en que sus funciones deben circunscribirse a la absolución de consultas sobre la inteligencia y aplicación de normas con rango de ley, ya que al existir un órgano dedicado al control y administración de justicia a nivel constitucional, es de esperarse que cualquier norma jurídica que otorgue una competencia similar a otra entidad, es contradictoria y afecta al principio de seguridad jurídica.

Igualmente, el artículo 436, numeral 1 de la Constitución determina que la absolución de consultas jurídicas puede ser ejercida privativamente por el Procurador General del Estado, siempre que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades, lo que si ocurre en el caso del artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se determina que al ser el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, las decisiones de la Corte Constitucional deben ser adoptadas de manera privativa por el pleno de la Corte.

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.⁵³

En virtud de lo expuesto, podemos asegurar que el alcance de la absolución de consultas derivadas sobre la inteligencia o aplicación de normas de rango infraconstitucional, se desenvuelve dentro del contexto del problema práctico de interpretación planteado por la entidad consultante, respecto del cual el criterio del Procurador General del Estado constituye la más alta expresión para la materialización del ejercicio de la competencia consultiva en la administración pública de nuestro país.

⁵³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 429.

2.3 Limitaciones

a) Legitimación de la entidad consultante

En el primer inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se establece de manera taxativa, que son las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, así como los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública quienes se encuentran habilitados para realizar consultas ante el Procurador General del Estado; dicha limitación es lógica, si se parte de la premisa que dentro del universo de consultas jurídicas originadas a diario del ejercicio de las competencias administrativas encargadas a los funcionarios públicos, quienes como primera ratio deben formular consultas al órgano asesor de su área y cuando el asunto lo demande, incluso podrían dirigir sus dudas sobre la aplicación de la norma, ante el director a cargo del área jurídica de la institución.

En este contexto, las consultas formuladas ante el Procurador General del Estado deberán ser formuladas exclusivamente por las máximas autoridad de las entidades públicas o por los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado que, acrediten finalidad social o pública, ya que si bien existe una variada y amplia gama de dudas que con seguridad se derivan de la actividad administrativa en el sector público, no todos estos asuntos revisten tal complejidad o una importancia capital para los legítimos intereses de la entidad, circunstancia que solo puede ser medida y evaluada por la máxima autoridad. Incluso en el supuesto de que los intereses de otras entidades u organismos del sector público se vieran potencialmente afectados con la emisión del pronunciamiento, únicamente las máximas de dichas entidades se encuentran legitimada para solicitar su reconsideración, ya que ha sido a ellos a quienes se les ha investido con la competencia para defender los intereses del Estado, a través del ejercicio de sus competencias dentro de las diferentes instituciones que representan.

Por lo tanto, queda claro que son las máximas autoridades de las entidades del sector público y los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública quienes se encuentran legitimados a realizar consultas jurídicas ante el Procurador General del Estado. Ahora bien, pese a que en el caso de las máximas autoridades de las entidades que conforman el sector público, la Constitución del Ecuador, en su artículo 225, contempla un catálogo amplio, no obstante preciso de las

mismas, dentro del que se incluyen: **i)** Las dependencias y organismos de las 5 funciones del Estado: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; **ii)** Las entidades que conforman el régimen autónomo descentralizado; **iii)** Los organismos creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de potestades estatales, prestación de servicios públicos y desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado, tales como: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Banco Nacional de Fomento, el Servicio de Rentas Internas, entre otros; y, **iv)** Personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos, como por ejemplo: EMAAP-Q, quienes no podrán formular consultas sobre la aplicación de normas locales, emitidas por gobiernos que las crearon, en ejercicio de su autonomía política. En el caso de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, como la Junta de Beneficia de Guayaquil, SOLCA, Fundación Natura, entre otras, deberán acreditar su condición jurídica, adjuntando a la consulta los documentos habilitantes pertinentes.

b) Prohibición expresa

En virtud del principio de legalidad y de no interferencia de las funciones del Estado, el Procurador General del Estado no está facultado para pronunciarse cuando la consulta verse sobre asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República, o que se hallen en conocimiento de estos, una vez trabada la litis. Por lo tanto, de existir procesos judiciales pendientes o resueltos, el Procurador General del Estado emitirá una abstención ante la consulta formulada, con la finalidad de evitar que la superposición de competencias sobre un mismo asunto, por parte de 2 autoridades diferentes, por un lado, el Procurador y por otro lado, el Juez, quien también realiza un ejercicio de interpretación ex post de la norma, para su posterior aplicación al caso concreto, por lo que será el Procurador quien deba abstenerse de ejercer su competencia, si el caso está siendo conocido y sustanciado en sede jurisdiccional, bajo la prevención de incumplir con sus funciones asignadas en la Constitución y la Ley.

2.4 Efecto vinculante

A partir de la expedición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el año 2001, se determinó el carácter vinculante de los dictámenes

del Procurador General del Estado. Como mencionamos anteriormente, el efecto vinculante que caracteriza a los pronunciamientos del Procurador General del Estado amerita un análisis pormenorizado, principalmente en lo relativo a sus consecuencias, ya que este es el factor diferenciador del resto de actuaciones administrativas emanadas de las entidades del sector público.

De esta manera, podemos decir que el efecto vinculante constituye un atributo legal conferido específicamente a esta clase de pronunciamientos, que permite que el criterio jurídico oficial del Estado en determinada materia, sea reproducido de manera armónica y generalizada por sus instituciones y sirva como precedente para generar seguridad jurídica entre este y sus relaciones con los administrados; así como procurar la prevención de litigios en contra del Estado, a través de una asesoría preventiva frente a una interpretación o aplicación errada de la norma objeto de la consulta, con lo cual se logra reforzar la posición del Estado frente a la aplicación de determinadas normas.

Más allá de los aspectos meramente formales contemplados en la Constitución y en la Ley, con relación al efecto vinculante del pronunciamiento del Procurador General del Estado, si se trata de "(...) juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite"⁵⁴ entonces su alcance se refiere por un lado, al obligatorio sometimiento que deberá observar de manera específica la entidad consultante, al momento de tomar la decisión administrativa, cuyo contenido deberá adecuarse al criterio emitido por el Procurador General del Estado; y, por otro lado, genera un precedente de actuación para la administración pública y los particulares en sus relaciones con el Estado.

Por ejemplo, bajo la hipótesis de que el pronunciamiento sea considerado como un acto administrativo, debería ser calificado como un acto complejo, que de acuerdo con José Antonio García-Trevijano "[...] resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único".⁵⁵ Al estar compuesto por la decisión del órgano administrativo y por el criterio contenido en el dictamen del Procurador General del Estado, por lo que, bajo esta presunción, su impugnación debería recaer respecto del acto que materializa la voluntad administrativa y produce efectos jurídicos

⁵⁴ Patricio Secaira Durango, *Teoría General del Derecho Administrativo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), 45.

⁵⁵ José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos* (Madrid: Civitas, 1986), 234.

de forma inmediata y directa; y, no en contra del pronunciamiento que constituye uno de sus elementos.⁵⁶

Salvo que medie una solicitud de reconsideración, que podría producir un efecto suspensivo del efecto vinculante hasta dicho pedido no sea resuelto por el Procurador General del Estado, ya sea a través de la ratificación o la reconsideración, la segunda vía de expresión del efecto vinculante se evidencia en la obligatoriedad que acarrea para la generalidad de sujetos que se encuentren inmersos en la circunstancia que motivó la consulta.

Por lo tanto, toda la administración pública, entendida como el catálogo de entidades públicas contenido en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, e incluso los mismos particulares en sus relaciones con el Estado, pese a no haber tenido ningún tipo de injerencia dentro del procedimiento de absolución de la consulta, tendrán la obligación de aplicar la norma jurídica conforme la recomendación contenida en el dictamen, lo que necesariamente repercute en el ejercicio de los derechos de los administrados, ya que no solo constituye un criterio orientador, si no que se trata de una estimación sobre la forma en la que una norma jurídica debe ser aplicada o inaplicada y sobre cuya inteligibilidad existe duda.

3. Efectos y consecuencias de la solicitud de reconsideración

Citando a Agustín Gordillo: “El acto administrativo al producir efectos jurídicos respecto del administrado debe tener la posibilidad de ser impugnado tanto respecto de los actos de gravamen como de aquellos favorables o ampliatorios de derechos”.⁵⁷ En este mismo sentido, el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador establece que los actos administrativos generados por cualquier autoridad pública pueden ser impugnados en la vía administrativa, así como en la jurisdiccional; y, en consecuencia, el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que los actos emanados de la Administración Pública o Tributaria, son impugnables en sede jurisdiccional. Por lo tanto, la normativa vigente en Ecuador establece de manera categórica la posibilidad de impugnación de todas las actuaciones administrativas.

⁵⁶ Oyarte, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, 211.

⁵⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires: F.D.A., 2004), XII-5.

A criterio de Patricio Secaira, la impugnabilidad de las actuaciones emanadas de los poderes públicos, descansa en el principio de tutela judicial, que no solamente favorece a los administrados, si no a la propia administración pública, en caso de que sus intereses resulten lesionados a raíz de los actos o resoluciones originados en las actuaciones de la administración pública:

Pero los administrados no pueden ser considerados una especie de seres subalternos, subordinados a las resoluciones de los poderes públicos. Para evitar esta situación, el derecho crea instituciones jurídicas que reconocen el derecho de los administrados a oponerse a las decisiones administrativas que lesionan sus derechos o intereses, a fin de que la autoridad reexamine los casos y deje sin efecto aquellas decisiones contrarias al ordenamiento jurídico.⁵⁸

En este contexto, el carácter definitivo que asiste a los pronunciamientos del Procurador General del Estado, al ser susceptibles de impugnación en sede administrativa, a través de la solicitud de reconsideración prevista en el tercer inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, cumple con el cometido principal de permitir que, con base en la solicitud de la entidad consultante, o la de cualquier entidad pública que considere que el pronunciamiento fuere adverso a sus intereses, el Procurador pueda reconsiderar, rectificar o ratificar su propio criterio, con base en los argumentos esgrimidos por el interesado.

La solicitud de reconsideración produce efectos similares a los de un recurso planteado en sede administrativa, ante la misma autoridad que produjo la actuación objeto de la impugnación, ya que bajo sus propios lineamientos de oportunidad, término y legitimación del consultante, viabiliza la posibilidad de que la misma autoridad que emitió el criterio, en este caso el Procurador, revise el contenido del pronunciamiento y de ser el caso lo ratifique, rectifique o modifique, con base en un pedido proveniente ya sea del destinatario directo del pronunciamiento o de un tercero entendido como cualquier entidad del Estado que considere afectados sus intereses. La oportunidad implica que la solicitud de reconsideración podrá ser presentada por una sola ocasión, dentro del término de 15 días, contados desde la fecha de notificación del pronunciamiento original, para lo cual se encuentran legitimados tanto la entidad consultante, así como cualquier entidad pública que considere afectados sus intereses.

⁵⁸ Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, 230.

En el caso de que el pronunciamiento sea ratificado por el Procurador General del Estado dentro del término legal conferido, se convierte en una actuación administrativa en firme, no susceptible de impugnación y cuyo efecto vinculante lo constituye en un precedente que forma parte del ordenamiento jurídico, que debido a su carácter vinculante debe ser acatado por la entidad consultante, y en razón de su obligatoriedad debe ser observado por la administración pública y por los particulares en sus relaciones con el Estado. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y la doctrina sostienen que no existen actuaciones administrativas inmunes al control judicial:

Con el sólo fin de satisfacer el derecho de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva, el tribunal podrá en algunas ocasiones sustituir el acto administrativo arbitrario por otro ajustado a Derecho. De lo contrario, si el tribunal se limita a anularlo habría tutela judicial, pero esa tutela no sería “efectiva” al no satisfacer la pretensión procesal del ciudadano a que se le reconozca la titularidad de un derecho o de un interés legítimo.⁵⁹

Sin embargo, en el caso de los pronunciamientos emitidos por el Procurador general del Estado nos encontramos frente a un acto de poder público cuya naturaleza sin duda no es la de un acto administrativo, en razón de lo cual la misma Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado ha previsto la posibilidad de que dichos pronunciamientos sean objeto de impugnación a través de la solicitud de reconsideración, prevista como un mecanismo único y aplicable de manera exclusiva a esta clase de pronunciamientos.

Sin embargo de ello, si el interesado decide impugnar judicialmente el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, entonces surge la pregunta ¿Cuál sería el mecanismo idóneo para evitar el efecto vinculante y la obligatoriedad en la aplicación del pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado? Estas son las respuestas que intentaremos dilucidar con el desarrollo de los capítulos 2 y 3 de la presente investigación, ya que dependiendo de los intereses jurídicos en juego y la pretensión que persiga la parte actora se podrán determinar el o los mecanismos judiciales idóneos para su impugnación.

⁵⁹ Blanquer, *Derecho Administrativo*, 1319.

Capítulo segundo

La naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, según el criterio de la Corte Constitucional

1. Las sentencias constitucionales

Para el desarrollo de este capítulo, he realizado una selección previa de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, desde el año 2003 hasta el año 2021, en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado, los mismos que serán analizados a lo largo de este capítulo, tanto a la luz de la doctrina como del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que conforme lo determinado en el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control sobre el conjunto de actuaciones emanadas de los poderes públicos del Estado, así como de interpretación constitucional y de administración de justicia, dotado de autonomía administrativa y financiera, lo que le permite actuar como garante de la Constitución, frente a los demás poderes constituidos, mediante la emisión de decisiones adecuadamente fundamentadas que la consolidan como una fuente de legitimidad democrática.

De esta manera, para cumplir con su misión, el numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece como principio general de la justicia constitucional, la obligatoriedad del precedente constitucional, en razón de la fuerza vinculante que acarrearán los parámetros fijados por la Corte Constitucional en sus resoluciones, pudiendo alejarse de los mismos sin menoscavar las garantías de progresividad de los derechos.

Según el jurista y magistrado colombiano Monroy Cabra, la sentencia constitucional es una fuente de derecho, porque es el acto procesal que pone fin al proceso constitucional, mediante el cual se interpretó la Constitución.⁶⁰ En concordancia con esta concepción, no queda duda alguna que la sentencia constitucional es una innegable fuente del derecho, cuya naturaleza responde a la de una decisión jurídica firme, cuyos efectos jurídicos y políticos constituyen cosa juzgada formal y material. Con relación al efecto

⁶⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La Interpretación Constitucional* (Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional, 2002), 22.

obligatorio y vinculante que las caracteriza,⁶¹ su materialización opera mediante la emisión de decisiones y resoluciones sobre el reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica, o a través de la formulación de órdenes y prohibiciones, cuya más importante repercusión, a criterio de José Antonio Rivera Santiváñez, descansa en su capacidad de modificar el ordenamiento jurídico del Estado, delimitar el ámbito de competencias de los órganos del poder público, o restablecer los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.⁶²

Por lo tanto, la razón por la cual la jurisprudencia derivada de las altas cortes ostenta un carácter vinculante, radica en la legitimidad de los criterios que contienen, no solo respecto de las partes que intervinieron en el proceso, si no para casos que llegaren a presentarse y que acrediten identidad fáctica y conceptual, basado en el principio de universalidad de la argumentación jurídica. En este sentido, la peculiaridad de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional es que su cumplimiento es obligatorio para los demás operadores del sistema de justicia, en el marco de los hechos que presente el caso concreto.

En este contexto y, a lo largo de los años, el extinto Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional han emitido varias resoluciones sobre la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado, cuyo análisis ha sido estimado como cuestión previa para resolver los casos que involucran problemas jurídicos relacionados con su contenido y aplicación. A continuación, se analizarán las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, que fueron seleccionadas por tener relación directa con la línea jurisprudencial desarrollada por este órgano desde el año 2003 hasta el año 2021, en torno a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado.

2. Análisis de las sentencias más relevantes, emitidas por la Corte Constitucional, en torno a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado.

⁶¹ Rocío Aguinaga Aillón, “La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad”, (tesis maestría Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010), <http://hdl.handle.net/10644/1121>, 23.

⁶² José Antonio Rivera Santiváñez, *Los Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Interno*, Estudios Constitucionales, Volumen 4, número 2 (Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006), 586.

2.1 Resolución No. 426, de 31 de diciembre de 2003.⁶³

El 26 de abril de 2002, el Procurador General del Estado, emitió un pronunciamiento en atención a la consulta formulada por Petroproducción, con relación a la procedencia de modificar el contrato 2000-102, suscrito entre la compañía accionante y Petroproducción, mediante la inclusión de una cláusula polinómica de reajuste de precios, contenida en una Resolución del Consejo de Administración de Petroecuador, en razón de que su régimen monetario fue modificado mediante la expedición de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, conocida como Ley Trole, mediante la cual se modificó el régimen monetario en el Ecuador y se establecieron las disposiciones para regular los desajustes provocados por la dolarización.⁶⁴ Por lo tanto, al no haberse solicitado la reconsideración del pronunciamiento, el criterio del Procurador General del Estado adquirió carácter firme, después de 15 días contados desde su notificación a la entidad consultante.

Sin embargo, el 13 de marzo de 2003, en razón de una nueva consulta formulada por Petroproducción sobre el mismo tema, pero esta vez dirigida al Procurador General del Estado Subrogante y basada, tanto en una nueva Resolución emitida por el Consejo de Administración de Petroecuador, como en equivocados criterios jurídicos y antecedentes fácticos, se indujo a error al Procurador General del Estado Subrogante, para obtener un irregular e inconstitucional pronunciamiento que, al contrario del criterio original, determinó dejar sin efecto la absolución de la consulta emitida el 26 de abril de 2002, así como la improcedencia de realizar el reajuste de precios, argumentando que los contratos se sujetarán a la legislación vigente al momento de su convocatoria.

Con fecha 17 de julio de 2003, el representante legal de DRILLFOR S.A., presentó ante el Tribunal Constitucional, una acción de amparo constitucional en contra del Procurador General del Estado, en torno al pronunciamiento emitido el 13 de marzo de 2003, por lo que previo a resolver sobre la procedencia de la acción de amparo, en la que se solicitó que se deje sin efecto la absolución de la consulta contenida en el pronunciamiento del Procurador General del Estado de 13 de marzo de 2003, con la finalidad de reponer la situación al estado anterior, mediante la aplicación del dictamen

⁶³ Ecuador, Tribunal Constitucional, Caso No. 426-2003-RA, Resolución No. 426, publicada en el Registro Oficial No. 243 de 31 de diciembre de 2003.

⁶⁴ Ecuador, Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. S-34 de 13 de marzo de 2000, Disposición Transitoria Séptima, numeral primero.

de 26 de abril de 2002, el Tribunal Constitucional consideró que es pertinente analizar la naturaleza jurídica de los pronunciamientos que el Procurador General del Estado emite en razón de la competencia señalada en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional determinó que el accionante debe impugnar el acto mediante el cual el consultante materializa la voluntad administrativa y no así, la recomendación emitida por el Procurador General del Estado, al constituir esta última una actuación previa, que no genera un acto administrativo, así como tampoco los efectos jurídicos generalmente atribuidos a este, ya que estos pronunciamientos se originan en el ejercicio de la denominada administración consultiva, cuyo fin es asesorar en la aplicación de normas jurídicas, previo a la materialización de la voluntad administrativa, por lo tanto, “la absolución no implica la emisión de la decisión administrativa sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite”.

En este contexto, el Tribunal Constitucional concluyó que el dictamen impugnado hace referencia a un contrato y su eventual modificación, asunto ajeno a la acción de amparo, que conforme lo determinado en el numeral 6 del artículo 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, constituye causal de improcedencia de la acción, por lo que las controversias derivadas de asuntos contractuales derivadas de la aplicación de un dictamen del Procurador General del Estado, corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Esta sentencia se convirtió en el primer ejercicio de razonamiento jurídico, en el marco de la justicia constitucional, mediante el cual se realizó una modesta aproximación a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, por las siguientes razones: a) Rechaza de manera categórica la posibilidad de catalogarlos como actos administrativos, ya que carecen de efectos jurídicos individuales, directos y concretos; b) Los define como actos preparatorios que contienen criterios orientadores y juicios de valor, emitidos de manera previa a la emisión de la decisión definitiva contenida en el acto administrativo, en ejercicio de la competencia constitucional otorgada a favor de un órgano del Estado, por lo que no son susceptibles de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas; y, c) Determina que los conflictos jurídicos derivados de la aplicación de esta clase de pronunciamientos a los casos concretos, deben ser sometidos a conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin perjuicio de lo expuesto, no comparto la visión del entonces denominado Tribunal Constitucional, ya que por un lado, carece de contundencia en la determinación de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos en cuestión, limitándose a establecer ciertas características y rechazar su categorización como actos administrativos; y, por otro, desconoce la posibilidad de que sean susceptibles de crear, modificar o extinguir el derecho objetivo al constituir simples actos preparatorios que contienen criterios orientadores, olvidando por completo que el criterio vinculante que reviste a esta clase de pronunciamientos es determinante en la adopción de la decisión administrativa que tome la entidad consultante, ya que de no acatar la recomendación dada por el Procurador General del Estado en el ejercicio de una competencia constitucional, podría viciar de nulidad la decisión administrativa.

2.2 Sentencia No. 002-09-SAN-CC, de 2 de abril de 2009.⁶⁵

Esta sentencia se deriva de la acción por incumplimiento interpuesta el 25 de noviembre de 2008 ante la Corte Constitucional para el Período de Transición, por los señores Silvia Game Muñoz y Alfredo Luna Narváez, en contra del Procurador General del Estado y el Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en razón del pronunciamiento mediante el cual se absolvió la consulta formulada por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, que declara la inaplicabilidad del artículo 33 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, referente al derecho de importar vehículos ortopédicos, no ortopédicos y vehículos nuevos y usados hasta máximo 3 años, anteriores al modelo de autorización y destinados al traslado de personas con discapacidad, ya que a su criterio entraña una contradicción con el artículo 27, literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y con el artículo 6 del Convenio de Complementación en el sector Automotriz. Dicho pronunciamiento que fue ratificado a raíz del pedido de reconsideración, realizado por el representante legal de la entidad consultante.

La inclusión del Gerente General y el Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana como sujetos pasivos de esta acción por incumplimiento, se da porque a raíz de la aplicación obligatoria que conlleva un pronunciamiento del Procurador

⁶⁵ Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 002-09-SAN-CC de 2 de abril de 2009, Caso No. 0005-08-AN.

General del Estado respecto de todas las entidades del sector público, los trámites de importación se suspendieron, cuando la Corporación Aduanera Ecuatoriana se negó a expedir las órdenes de embarque, existiendo la autorización del CONADIS, incluso yendo en contra de las acciones de amparo que se concedieron previamente a favor de los accionantes, Silvia Game y Alfredo Luna.

Los accionantes argumentaron que existió incumplimiento del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, ya que dicha norma jurídica implica la obligación de “no hacer”, al prohibir que el Procurador emita dictámenes respecto de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales, o que se encuentren en su conocimiento, incluyendo recursos y acciones ante el Tribunal Constitucional.

Como era de esperarse, previo a resolver el fondo de la controversia, la Corte Constitucional consideró que la declaratoria de inaplicabilidad de una norma derivada de un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, no debe ser entendida como incumplimiento de una prohibición por parte de este funcionario, ya que dicha declaratoria se genera en el ejercicio de una competencia constitucional conferida al Procurador General del Estado, quien en ejercicio de una de sus atribuciones contemplada en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, realizó un ejercicio de detección de antinomias, que culminó con la declaratoria de inaplicabilidad de una norma jurídica vigente, por lo que en caso de vulnerar derechos constitucionales, los accionantes debieron canalizar su reclamo mediante la interposición de una acción de protección.

Por otro lado, a criterio de la Corte Constitucional, los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado no pueden ser aplicados de manera retroactiva, menos aún, afectar situaciones jurídicas en firme que se generaron a partir de la aplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, como es el caso de las autorizaciones de importación emitidas por el CONADIS a favor de los accionantes; sin embargo, en virtud del principio de seguridad jurídica, el dictamen emitido por el Procurador General del Estado con relación a la inaplicabilidad y vigencia del artículo 23 del referido cuerpo normativo, no debió ser acatado por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, ya que existía una situación jurídica favorable previamente configurada a favor de los accionantes, quienes ya contaban con una autorización de importación otorgada. Finalmente, aunque se negó la acción por incumplimiento en contra del Procurador General del Estado, si fue concedida respecto del Gerente y Subgerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Sin perjuicio de lo expuesto y con relación a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición consideró que basados en la doctrina española, las actuaciones administrativas se reducen a la clasificación de: disposición o norma, acto o resolución y contrato. Por lo tanto, mediante una operación lógica de descarte, es sencillo arribar a la conclusión que, debido a las características propias de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, se trata de una disposición o norma, ya que al no verificarse la existencia de una relación bilateral o de consenso, no podría tratarse de un contrato; así como tampoco podría ser un acto administrativo, ya que en atención a la Resolución del Tribunal Constitucional, emitida el 31 de diciembre de 2003, se ratifica que esta clase de pronunciamientos no producen efectos jurídicos directos, concretos e inmediatos, si no hasta que se materializan en una decisión administrativa propiamente dicha.

Por lo tanto, el mérito de esta sentencia de la Corte Constitucional, con relación al tema que nos ocupa, consiste en enfocar su análisis desde un punto de vista doctrinario, aplicando la clasificación de actuaciones administrativas propuesta por la doctrina española y por descarte, arribar a la conclusión que se trata de disposiciones o normas, emitidas como juicios de valor, previos a la emisión del acto administrativo, atribuyéndole características específicas, tales como: generalidad, que se verifica a través de su efecto vinculante generado respecto no solo de la actuación de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, al inaplicar el artículo 23 de la Ley de Discapacidades en cumplimiento del criterio contenido en el pronunciamiento del Procurador General del Estado, sino del resto de la administración pública; capacidad creadora de derecho objetivo, que se aprecia en la modificación del ordenamiento jurídico y su repercusión directa en las actuaciones de los funcionarios públicos, generada a partir de la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 23 de la Ley de Discapacidades; y, asignación dentro de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, como acto de poder público, conforme lo establecido en el artículo 425 de la Constitución, al tratarse de una actuación generada en el ejercicio de una competencia administrativa, constitucionalmente conferida a favor de un funcionario público, como lo es Procurador General del Estado, según los establecido en el artículo 225 de la Constitución.

Considero que esta sentencia da un paso importante en lo que respecta a la determinación de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, a partir de su asimilación como disposición o norma

jurídica, no solo porque se descarta que se trate de un acto administrativo, sino porque se reconoce que el juicio de valor contenido en el pronunciamiento versa sobre la aplicación de una norma jurídica que no debe ser entendida únicamente en el contexto del caso concreto, ya que su razón de ser consiste en dotar de claridad a una jurídica que resultaba oscura, por lo que los beneficiarios del criterio contenido en el pronunciamiento no son solo la entidad consultante y quienes se encuentran inmersos en un presupuesto de hecho similar, si no toda administración pública y la sociedad en general, ya que se ha garantizado la seguridad jurídica del ordenamiento, al dotar de certeza respecto a la forma en la que una norma jurídica debe ser aplicada de ahora en adelante.

b1. Inconstitucionalidad de normas conexas

Por otro de conformidad al principio de interpretación sistemática de la Constitución, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición señaló que no se puede dejar de lado que a partir de la acción por incumplimiento impulsada por los accionantes, realizó control de constitucionalidad respecto de varias normas jurídicas, entre ellas, el pronunciamiento del Procurador General del Estado contenido en el Oficio No. 01421, así como los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 44 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Por lo tanto, tomando en consideración aspectos como la normativa constitucional e internacional de Derechos Humanos como límite del ordenamiento jurídico, y la ponderación de derechos en el dictamen del Procurador General del Estado, la Corte Constitucional para el Período de Transición, declaró la inconstitucionalidad por el fondo del dictamen No. 01421 de 23 de junio del 2008, emitido por el Procurador General del Estado, Dr. Diego García, así como su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico; y, seguramente lo que a mi criterio es la consencuencia más relevante de esta sentencia, es que se mediante inconstitucionalidad reductora, se declaró la expulsión del ordenamiento jurídico de la palabra "constitucionales" en el literal e) del artículo 3, y artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, lo que implica una clara limitación al ejercicio de la función consultiva ejercida por el Procurador General y consolida a la Corte Constitucional como el máximo organismo de justicia e interpretación constitucional, de tal manera que desde ese momento el Procurador General del Estado debía abstenerse de manera definitiva de emitir criterios mediante los

cuales interprete normas constitucionales, bajo el riesgo que de hacerlo, podría incurrir en arrogación de funciones.

2.3 Sentencia No. 003-12-SIA-CC, de 21 de junio de 2012.⁶⁶

La sentencia que se analiza a continuación deriva de una acción de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales, planteada por el concejal del cantón Pedro Moncayo, Frank Borys Gualasaqui Rivera, en contra del Procurador General del Estado, por la emisión del pronunciamiento emitido mediante Oficio No. 13804 de 3 de mayo de 2010, sobre cómo opera y se ejerce el voto dirimente del alcalde en las sesiones del Concejo Municipal. A criterio del accionante, la posición del Procurador General del Estado vulnera la disposición contenida en el artículo 253 de la Constitución,⁶⁷ además asegura que es contradictorio respecto de pronunciamientos anteriores; y, alega que su emisión produjo que el Procurador General del Estado incurra en arrogación de competencias, al interpretar el texto constitucional y violando el derecho a la seguridad jurídica.

Con este antecedente, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, previo a la solución del problema jurídico que reviste la acción de inconstitucionalidad planteada por el Concejal del cantón Pedro Moncayo, considera necesario referirse a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, ratificando que se trata de mandatos obligatorios, es decir disposiciones o normas que versan sobre la aplicación, inaplicación o interpretación de normas infra constitucionales, que forman parte del ordenamiento jurídico, y cuyos efectos de carácter general, derivan en la generación de derecho objetivo, lo que a su vez, repercute de manera directa en el ejercicio de los derechos de los administrados.

Con relación al problema jurídico de fondo, la Corte Constitucional considera que dentro del ejercicio de su competencia, el Procurador General del Estado interpreta la norma objeto de la consulta y emite un criterio jurídico basado en el artículo 25, 69

⁶⁶ Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-12-SIA-CC de 21 de junio de 2012, Caso No. 0007-10-IA.

⁶⁷ “Art. 253.- Cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por la alcaldesa o alcalde y las concejalas y concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde. La alcaldesa o alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente. En el concejo estará representada proporcionalmente a la población cantonal urbana y rural, en los términos que establezca la ley.”

numeral 4 y 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el que se señala que el Alcalde tiene voz y voto en las sesiones del Concejo Municipal; y, cuando exista empate, la votación se repetirá en la siguiente sesión, por lo que bajo este supuesto, la votación del Alcalde será dirimente, lo que cabe destacar, implica un mandato obligatorio respecto de la actuación del Alcalde, no solo en el seno de las sesiones del Municipio del cantón Pedo Moncayo donde se originó la consulta, si no en el resto de órganos colegiados del país.

Una vez entendidos los efectos jurídicos que produce el criterio contenido en el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición concluyó que el juicio de inteligencia realizado mediante la absolución de la consulta planteada por el Concejal Frank Borys Gualasaqui Rivera, no extralimitó las atribuciones del Procurador, ya que se basó en el ejercicio de su competencia consultiva contemplada en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y se limitó estrictamente a orientar sobre la forma de aplicación de una norma legal dentro del contexto constitucional, lo que desde mi punto de vista resulta coherente y además necesario para garantizar el principio de supremacía constitucional que obliga a la autoridad pública a fundamentar sus decisiones, motivándolas de manera orgánica y armónica no únicamente con las normas jurídicas de inferior jerarquía, sino también respecto de las disposiciones constitucionales, sin que ello deba ser confundido con la facultad de interpretación de normas de rango constitucional, que conlleva el ejercicio de una competencia más compleja y especializada, por lo que esta sentencia ratifica la imperante necesidad y el llamado expreso al Procurador General del Estado para que a través del ejercicio de su competencia consultiva se constituya en un garante de la supremacía constitucional, sin que ello implique el desconocimiento de los límites establecidos dentro del ámbito de sus competencias.

Finalmente, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, resolvió que el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado no contradujo el fondo del artículo 253 de la Constitución, ya que por disposición de la misma, el Alcalde ejerce su derecho al voto al final del proceso de votación y en caso de existir empate, el Alcalde se abstendrá de votar en dicha sesión, luego de lo cual deberá convocar a una nueva en la que dirimirá con su voto, criterio que es coherente con la noción de participación activa del Alcalde dentro de los procesos de votación del Concejo Cantonal, en razón del

ejercicio de sus competencias y facultades como servidor público de elección popular, cuyo desempeño puede verse afectado por la decisiones adoptadas por el Concejo.

2.4 Sentencia No. 049-16-SIS-CC, de 10 de agosto de 2015.⁶⁸

El 18 de octubre de 2011, el Rector de la Universidad Católica de Cuenca, doctor César Augusto Cordero Moscoso, presentó una acción de incumplimiento respecto del precedente constitucional contenido en la sentencia No. 002-09-SAN-CC, dictada el 2 de abril de 2009 por la Primera Sala de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, la misma que fue previamente analizada en el literal b) de este apartado, y que en la parte pertinente de su *ratio decidendi*, señala que las interpretaciones que realiza el Procurador General del Estado con relación a la Ley, constituyen normativa vinculante que implica su obligatorio cumplimiento.

En el caso concreto, la acción de incumplimiento se basa en la consulta formulada al Procurador General del Estado por parte del Gobierno Municipal del cantón Morona, con relación a los centros de educación superior como sujetos pasivos de la contribución especial de mejoras. A criterio del Procurador, el Municipio de Morona no puede exigir a los centros de educación superior públicos o particulares, cofinanciados por el Estado, el pago de dicho tributo. Sin embargo, de manera deliberada y en franca contradicción con el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, el Municipio de Morona inició un juicio coactivo por cobro de contribución especial de mejoras, en contra de la Universidad Católica de Cuenca, que cabe señalar, es una entidad Particular cofinanciada por el Estado, por lo que se trata de un sujeto exonerado del pago de dicha contribución.

La Universidad Católica de Cuenca, a través de su representante presentó una demanda de excepciones al procedimiento coactivo iniciado por el Municipio de Morona, la misma que fue rechazada por el Tribunal Distrital de lo Fiscal, sin que para su decisión haya considerado el pronunciamiento del Procurador General del Estado emitido en torno al cobro de la contribución especial de mejoras, así como tampoco, lo señalado en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que los exonera del pago de todo tributo, ni el precedente constitucional contenido en la sentencia constitucional No. 002-09-SAN-CC.

⁶⁸ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 049-16-SIS-CC de 10 de agosto de 2015, Caso No. 0107-11-IS.

Con relación al supuesto incumplimiento de la sentencia constitucional No. 002-09-SAN-CC, la Corte Constitucional del Ecuador, manifiesta que la acción por incumplimiento constituye una protección para los ciudadanos, tendiente a la tutela del derecho a la seguridad jurídica, que en la práctica se activa como una garantía jurisdiccional contra eventuales actos que vulneran sus derechos, cuando las autoridades no han cumplido con lo ordenado en sentencias o dictámenes constitucionales, lo han hecho parcialmente, o por la contradicción existente entre estos, no ha sido posible su ejecución.

En este contexto, la sentencia constitucional cuyo incumplimiento se demanda, tiene una dimensión subjetiva respecto de las acciones de reparación a favor del accionante y una objetiva, relacionada con el control de constitucionalidad, que produce reglas de carácter general y cumplimiento obligatorio. Además, contiene una disposición específica, cuyos efectos son inter-partes respecto de los sujetos intervinientes en el litigio, que, en el caso concreto, fueron el Procurador General del Estado y el Gerente y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, quienes como es obvio, no son los sujetos accionados dentro del proceso constitucional impulsado por la Universidad Católica de Cuenca.

Desde una dimensión subjetiva o de efectos inter partes, al no ser el Municipio de Morona el accionado, no cabe la imposición de una obligación jurídica a su cargo, así como tampoco es destinatario de los efectos jurídicos de las medidas dispuestas y expresadas en una obligación de hacer, en razón que el cumplimiento de la sentencia constitucional No. 002-09-SAN-CC fue agotado a través de las actuaciones emprendidas en su momento por los accionados y sujetos obligados en la referida sentencia, es decir el Gerente y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Desde una dimensión objetiva, los efectos erga omnes de la sentencia constitucional cuyo incumplimiento se demanda, se concretan en: i) La obligación que recae sobre las autoridades públicas, quienes en el ejercicio de sus funciones, están impedidos de aplicar dicho pronunciamiento para la conformación de su voluntad administrativa, al haber sido declarado como inconstitucional; y, ii) La interpretación condicionada del artículo 44, literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, conforme los criterios dados por la Corte Constitucional.

Con relación a la obligatoriedad en la aplicación del precedente constitucional contenido en la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, cuya *ratio decidendi* establece que las interpretaciones que realiza el Procurador General del Estado constituyen normas

jurídicas de carácter vinculante que se caracterizan por su generalidad; creación o modificación del derecho objetivo; y, jerarquía normativa como acto de poder público, la Corte Constitucional estableció que al tratarse de pronunciamientos con jerarquía de norma jurídica, son de obligatorio cumplimiento, al contar con la misma fuerza vinculante que cualquier otro precepto que forman parte del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el incumplimiento demandado, no guarda relación con la inobservancia a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la parte dispositiva de la sentencia cuyo cumplimiento se exige, ya que no se ha demostrado que el alcalde y el procurador síndico del Municipio de Morona como accionados y en el ejercicio de sus funciones, hayan fundamentado sus actuaciones en el pronunciamiento declarado como inconstitucional, hayan realizado la interpretación del artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, o hayan aplicado los artículos 3 literal e), y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en contradicción con la inconstitucionalidad reductora dispuesta por la Corte Constitucional.

Con relación al presunto incumplimiento del pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado con relación a la exoneración del pago de tributos determinada en el artículo 37 de la Ley de Educación Superior, se verifica la existencia de una antinomia entre el pronunciamiento, que según el criterio reiterado de la Corte Constitucional es una norma que ostenta jerarquía de acto del poder público, mientras que el artículo 135 del Código Tributario tiene el rango de ley ordinaria y torna en inaplicable dicho pronunciamiento, al señalar que: "Solo las absoluciones expedidas por la administración tributaria competente tendrán validez y efecto jurídico, en relación a los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias [...]". Por lo tanto, la Corte Constitucional estima que no se trata de un asunto que le corresponda resolver, por lo que debe ser tratado en la justicia ordinaria, ya que el problema jurídico consiste en determinar cuál de las referidas normas jurídicas en contradicción, resulta aplicable al caso en concreto.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional resolvió negar la acción de incumplimiento planteada por la Universidad Católica de Cuenca, por un lado, porque estima que no se trata de un asunto que le corresponda resolver, por lo que debe ser tratado en la justicia ordinaria, ya que el problema jurídico consiste en determinar cuál de las referidas normas jurídicas en contradicción, resulta aplicable al caso en concreto; y, por otro, porque la Sentencia No. 002-09-SAN-CC no contenía una obligación jurídica expresa imputable a la actuación del accionado, en este caso el Municipio de Morona a través de sus representantes, dado que el efecto inter partes produjo que el cumplimiento

de las disposiciones obligatorias emanadas de la sentencia se hayan agotado en su momento, con las actuaciones generadas por el Gerente y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana para resarcir el incumplimiento del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades; así como tampoco, se detectó la existencia de incumplimiento alguno respecto de las medidas de carácter general dispuestas en la sentencia, relacionadas con el control de constitucionalidad que efectuó la Corte Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad del pronunciamiento del Procurador General del Estado y la inconstitucionalidad reductora de los artículos 3, literal e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Es necesario referirme a la competencia del Procurador General del Estado en lo que respecta a la solución de antinomias detectadas en el ordenamiento jurídico, ya que esta actividad se enmarca perfectamente en lo que representa el ejercicio de una función consultiva o de asesoría jurídica preventiva, y que a diferencia de lo que ocurre en la realidad, no debería ser utilizada como última ratio, ya que lo que se pretende bajo este supuesto, es beneficiar al ordenamiento jurídico, dotándolo de claridad y certeza en las actuaciones de sus operadores y con ello evitar el desgaste de recursos a través del escalamiento innecesario de conflictos entre las propias entidades del estado ante la justicia ordinaria, que pueden ser prevenidos mediante la utilización de las herramientas jurídicas que asisten a la administración pública.

2.5 Sentencia No. 45-17-AN, de 18 de agosto de 2021.⁶⁹

El 5 de octubre de 2017, el Capitán de Navío, Alejandro Vinicio Vela Loza, Director General y representante legal del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA, a través de su Procurador Judicial, presentó una acción por incumplimiento en contra de la Contraloría General del Estado, por el supuesto incumplimiento de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, contenidos en los Oficios No. 08653 de 7 de mayo de 2004 y No. 13965 de 6 de enero de 2005, relacionados con la determinación de los ingresos sobre la base de los cuales se debe calcular la contribución del 5 por mil a favor de la Contraloría General del Estado, que conforme el artículo 30, literal a) de su Ley Orgánica, está destinada al financiamiento

⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 45-17-AN de 18 de agosto de 2021, Caso No. 45-17-AN.

del presupuesto anual de la entidad recaudadora, exceptuando los ingresos originados de fondos de terceros.

Sin embargo de lo expuesto, desde el año 2004 la Contraloría General del Estado, inaplicó el criterio contenido en los referidos pronunciamientos, al calcular la contribución del 5 por mil sobre el total de ingresos del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA, sin discriminar aquellos recursos provenientes de los aportes de sus afiliados -que al constituir fondos de terceros, debían estar excluidos de dicho cálculo- bajo el argumento que los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado no constituyen normas jurídicas por las siguientes razones: a) No gozan de carácter general ya que se limitan a absolver una consulta específica derivada de un problema concreto de interpretación y aplicación de una norma legal que genera divergencia entre dos instituciones públicas; ; b) No son abstractos, dado que se limitan a emitir una opinión jurídica sobre una problemática particular, generada en torno a las consultas formuladas por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA, respecto de cómo calcular la contribución del 5 por mil; c) Se agotan con su cumplimiento desde el momento en el que se declara un derecho a favor del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA; y, d) No generan derecho objetivo, porque esta clase de pronunciamientos no pueden reformar el contenido de las normas jurídicas sin embargo, en este caso ha ocurrido lo contrario, porque a criterio de la Contraloría General del Estado, los pronunciamientos fueron emitidos atendiendo a una consulta que gira en torno a un tema cuya interpretación no resulta ser oscura ni ambigua.

A criterio de la Corte Constitucional, para que un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado sea objeto de la acción por incumplimiento, se deberá verificar que sea abstracto, general y obligatorio, lo que en este caso se verificó, porque se trata de un criterio vinculante con carácter general y abstracto que no está dirigido a un individuo o grupo de individuos en particular, sino a la entidad pública que ostenta la competencia para determinar el monto de la contribución del 5 por mil respecto del conglomerado de entidades obligadas al pago de este tributo; y, no se agota con su cumplimiento, ya que el pronunciamiento deberá ser aplicado cada vez que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA realice el cálculo de la contribución del 5 por mil a favor de la Contraloría General del Estado.

Con estos antecedentes, la Corte Constitucional resolvió que entre los años 2004 y 2013 la Contraloría General del Estado incumplió con lo dispuesto en los pronunciamientos del Procurador General del Estado al calcular la contribución del 5 por

mil que le correspondía al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA, sin excluir los fondos de terceros, entre los que se contemplan los aportes de sus afiliados. Por lo tanto, la Contraloría General del Estado debe efectuar una reparación ante dicho incumplimiento, mediante la devolución de los valores retenidos respecto de los aportes de los afiliados del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA, cuyo pago deberá ser determinado por la jurisdicción contencioso administrativa, prescindiendo del cálculo de intereses a favor del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas – ISSFA, con la finalidad de evitar un perjuicio económico grave en contra del Estado.

e1. Voto Salvado Sentencia No. 45-17-AN.

Pese a la claridad del análisis de esta sentencia, cuyo fundamento recoge de manera unánime la evolución de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional desde el año 2003 hasta la actualidad en torno a la naturaleza de los pronunciamientos del Procurador General del Estado como actos normativos, resulta necesario exponer el criterio del juez constitucional, doctor Ramiro Ávila Santamaría, quien mediante su voto salvado señaló que la naturaleza jurídica de dichos pronunciamientos es provisional y no debe ser confundida con leyes ni con sentencias, así como tampoco debería vincular a terceros ajenos a la administración pública, o a quienes ejercen competencias jurisdiccionales.

Por lo tanto a su criterio, si se les atribuye el valor de una ley de carácter general y obligatorio, el Procurador General del Estado se estaría arrogando funciones que no le competen, prescindiendo de dar cumplimiento al procedimiento constitucional previsto para la formación de la ley y cuya definitividad sería relativa, una vez que la Asamblea Nacional ejerza su competencia de interpretación normativa; y, si se los equipara con una sentencia emitida en torno a un caso concreto, se incurriría en la vulneración al debido proceso, al no contar con la debida motivación, así como tampoco con condiciones que garanticen un trato igualitario entre quienes tienen legítimo interés en un asunto particular, por lo que su obligatoriedad no debería influir en las decisiones judiciales y debería ser susceptible de revisión en sede judicial.

Concluye explicando que, si se pretende equiparar al pronunciamiento con una ley o una sentencia, la Corte Constitucional correría el riesgo de que la acción por incumplimiento se convierta en un mecanismo habitual de coacción para lograr el

cumplimiento de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, por lo que sugiere que su admisión sea excepcional, al tratarse de pronunciamientos materialmente conformes a la Constitución, con efectos abstractos, generales y que constituyen una vía subsidiaria aplicable, en caso de que no exista otra vía legal o jurisdiccional de solución, lo que a su criterio no ocurrió en este caso, puesto que se trataba de un pronunciamiento con efectos concretos e individuales, al punto que se dispuso que la determinación específica de los parámetros de reparación en torno al incumplimiento, sea sometida a conocimiento y resolución de la jurisdicción contencioso administrativa.

El criterio expuesto en el voto salvado del doctor Ramiro Ávila evidencia una preocupación que parte de su rechazo a reconocer la generalidad y obligatoriedad asignada por la misma Corte Constitucional entre los años 2003 al 2021 a los pronunciamientos del Procurador General del Estado, cuestionando que si fuera así, estaríamos frente a un pronunciamiento asimilable a la ley, cuyo procedimiento de expedición no es el determinado en la Constitución; sin embargo, el juez no considera que es el mismo ordenamiento jurídico el que prevé la expedición de actos normativos que no necesariamente son leyes, si no que se trata de normas jurídicas generales y obligatorias, expedidas por las máximas autoridades de la administración pública y que son denominadas como actos normativos de carácter administrativo, que se diferencian de las leyes expedidas por la Asamblea Nacional, ya que los primeros tienen prohibido restringir derechos y garantías constitucionales, regular materias con reserva de ley, solicitar requisitos adicionales a los establecidos en la ley, interferir en las competencias asignadas a otras administraciones públicas, indelegabilidad y falta de competencia.

En el caso de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, es necesario recordar que su principal cometido es emitir criterios que permitan el adecuado entendimiento y aplicación de las normas jurídicas que conforman el ordenamiento y cuyo efecto vinculante los torna de obligatorio cumplimiento, por lo que al incidir en las decisiones administrativas de la administración pública, son fuentes creadoras de derecho objetivo y no constituyen una decisión definitiva en si misma frente a un caso concreto, sino que se trata de un criterio cuyo efecto vinculante y carácter general los hace susceptibles de ser impugnados a través no solo de la acción de incumplimiento en caso de que el pronunciamiento no sea acatado por la administración pública, sino también a través de la acción de inconstitucionalidad de acto normativo no

parlamentario que puede ser desplegada ante un pronunciamiento contrario al ordenamiento jurídico, y que será analizada a detalle en el siguiente capítulo.

En virtud de lo expuesto, considero que el voto salvado analizado omite referirse a la naturaleza jurídica que la misma Corte Constitucional ha otorgado a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, con lo cual impide que el análisis se centre en determinar cuál sería entonces el mecanismo de impugnación adecuado ante el incumplimiento de estos pronunciamientos, o en su defecto, si estos fueran contrarios al ordenamiento jurídico, cuáles son los mecanismos de impugnación constitucional que pueden ser aplicables.

Una vez concluido el análisis y revisión de las sentencias constitucionales más relevantes entre los años 2003 y 2021 que, de manera principal o accesoria e incidental al tema de fondo, abordaron desde una perspectiva constitucional la naturaleza de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, podemos asegurar que desde el inicio, la magistratura más alta y relevante del país consideró que, se trata de actuaciones ejercidas a partir de la competencia consultiva otorgada al órgano asesor del Estado por excelencia, cuyos criterios no constituyen únicamente recomendaciones o guías de actuación impartidas en el marco del ordenamiento jurídico a favor de los funcionarios y servidores públicos, sino que se trata de verdaderos actos normativos, cuyos efectos generales, de cumplimiento obligatorio y abstractos han sido comprobados de manera generalmente convincente, a través del análisis, argumentación y comparación de casos específicos, en los que se identifica con claridad que son actos de poder público cuya fuerza vinculante es capaz de crear y reformar de manera dinámica y constante el ordenamiento jurídico infra constitucional, mediante la emisión de criterios jurídicos, que aunque no generan efectos jurídicos directos e individuales respecto de las entidades consultantes, tienen un gran impacto en la actividad administrativa generada dentro y fuera del sector público, así como también respecto de los particulares en sus relaciones con la administración pública, al dotar de parámetros y lineamientos jurídicos que permiten la aplicabilidad de las normas jurídicas garantizando la seguridad jurídica de todos los actores.

3. Régimen jurídico de los pronunciamientos del Procurador General del Estado.

Como lo destaca el tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, en su obra Lecciones de Derecho Administrativo, los actos jurídicos de la administración pública pueden

entenderse bajo tres categorías primarias fundamentales: **i)** Normas o disposiciones administrativas; **ii)** Resoluciones o actos administrativos; y, **iii)** Contratos administrativos,⁷⁰ que se distinguen entre sí, porque mientras las normas o disposiciones configuran parte del derecho objetivo al crearlo o reformarlo, las resoluciones o actos y los contratos, constituyen la aplicación del mismo. Resulta evidente que dicha clasificación ha sido aceptada y recogida en la legislación ecuatoriana, a través del Código Orgánico Administrativo, en cuyo artículo 89 se determinan las clases de actuaciones administrativas, agregándose el acto de simple administración y el hecho administrativo.

Con relación a la primera clasificación, referente a normas o disposiciones administrativas, desde una perspectiva estrictamente formal, para Norberto Bobbio las normas jurídicas son proposiciones de carácter prescriptivo,⁷¹ por lo que podemos decir con certeza que todo cuerpo normativo que contenga preceptos jurídicos que mandan, prohíben o permiten, constituyen actos normativos que forman parte del ordenamiento jurídico, ya que contienen enunciados que pretenden regular la conducta y actuaciones de la sociedad, independientemente del órgano en el que se origina, las materias que regula o su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, siempre que conforme lo determinado en el artículo 84 de la Constitución su contenido se adecúe formal y materialmente a los preceptos constitucionales, independientemente del órgano que ostenta la potestad normativa.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta fundamental realizar una diferenciación entre los actos normativos emanados de la función legislativa, que básicamente contempla las leyes orgánicas y las ordinarias; y, los actos normativos de carácter administrativo, entre los que se encuentran los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado. En el caso de las normas jurídicas emanadas de la Función Legislativa, encontramos una primera y esencial diferencia relacionada con el único órgano de la administración pública que ostenta de manera exclusiva la potestad normativa, que es la Asamblea Nacional, cuya competencia consiste en expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, así como interpretarlas con carácter generalmente obligatorio; mientras tanto, en el caso de los actos normativos de carácter administrativo, son las máximas autoridades administrativas que conforman el sector público quienes han sido revestidas de competencia normativa de carácter administrativo, restringida a la regulación de los

⁷⁰ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Guayaquil: EDILEX S.A., 2011), 327 - 328.

⁷¹ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999), 327.

asuntos internos del órgano a su cargo, con excepción de aquellos casos en los que la ley otorgue esta competencia a favor de la máxima autoridad legislativa de una administración pública.

Una segunda diferencia, deriva de la fuente del ordenamiento jurídico en la que se determina dicha competencia, que en el caso de las normas jurídicas expedidas por la Asamblea Nacional se encuentra determinada en la Constitución, mientras que en el caso de los actos normativos de carácter administrativo, dicha competencia deberá estar establecida en la Ley. Ello, naturalmente nos conduce a una tercera diferencia que estriba en el procedimiento que deberá ser observado para su expedición, que en el caso de las normas jurídicas emanadas de la Asamblea Nacional es un procedimiento legislativo reglado que se encuentra descrito en la Constitución entre los artículos 132 a 140, mientras que los actos normativos de carácter administrativo no cuentan con un procedimiento de expedición propio, bastando que su expedición sea efectuada por el órgano de la administración pública que ostente la competencia.

Finalmente, con relación al contenido de las normas jurídicas emanadas de la Asamblea Nacional, estas son el resultado de un procedimiento legislativo específico que tiene su origen en una demanda social insatisfecha y que desde una perspectiva política considera distintas soluciones traducidas en la sanción de una ley, su modificación o la derogatoria de normas preexistentes; por otro lado, el contenido de los actos normativos de carácter administrativo responde a la atención de necesidades concretas de la misma administración pública, con la finalidad de atender asuntos internos inherentes al cabal y adecuado ejercicio de las competencias públicas conferidas al órgano a su cargo y cuyas limitaciones se encuentran expresamente determinadas en el artículo 131 del Código Orgánico Administrativo y que pueden ser resumidas de la siguiente manera: restringir derechos y garantías constitucionales, regular materias con reserva de ley, solicitar requisitos adicionales a los establecidos en la ley, interferir en las competencias asignadas a otras administraciones públicas, indelegabilidad y falta de competencia.

A la luz de las sentencias constitucionales analizadas en la primera parte de este capítulo, se puede asegurar que esta clase de pronunciamiento ha sido objeto de un tratamiento unívoco en lo que respecta a su naturaleza jurídica, ya que el criterio prevalente y reiterativo de la Corte Constitucional ha sido atribuirle el carácter de acto normativo, al que según la doctrina clásica, le son atribuibles 3 características inherentes a los actos normativos: a) Generalidad; b) Creación o modificación de derecho objetivo; y, c) Jerarquía normativa.

Sin embargo, dado que estos pronunciamientos constituyen una particular variedad de acto de poder público, al emanar de un funcionario como lo es el Procurador General del Estado en el ejercicio de su competencia única y exclusiva dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para absolver consultas con carácter vinculante en torno al inteligenciamiento y aplicación de normas jurídicas, que se caracteriza por su carácter general y abstracto, modificador de derecho objetivo y que goza de jerarquía normativa, podemos asegurar sin temor a equivocarnos que el régimen jurídico aplicable a esta clase de dictámenes es el que corresponde al de un acto normativo de carácter administrativo que se diferencia del resto de actos normativos de esta naturaleza en razón de su contenido ya que estos pronunciamientos pueden referirse a la forma de aplicar o entender cualquier norma jurídica que forme parte del ordenamiento y con ello incidir en la forma de aplicación del derecho objetivo, lo que no ocurre con el resto de actos normativos de carácter administrativo que se limitan a regular asuntos internos para los cuales han sido legalmente facultados.

3.1 Los Actos Normativos

Con la finalidad de poder establecer su naturaleza y particularidades, la Teoría General del Derecho propone distintos criterios de valoración de las normas jurídicas, entre los que se destacan la justicia, la validez y eficacia. De esta manera, de acuerdo con el tratadista Norberto Bobbio, el criterio de justicia debe ser identificado con el problema deontológico del derecho y su enfoque visto desde la contraposición existente entre lo ideal y lo real, es decir entre el ser y el deber ser, donde las normas siempre van a entrañar lo deseable, ese deber ser al que debe aspirar la sociedad.⁷²

Con relación al criterio de validez, se hace referencia a las cuestiones formales para su expedición y vigencia en el mundo jurídico, es decir que tiene relación con el órgano competente para su emisión, los procedimientos para su reforma o derogatoria y su coherencia con la Constitución o la legalidad de la norma, con absoluta independencia de si la norma es justa o no, lo que se conoce como problema ontológico del derecho.

Por último, el criterio de eficacia, es aquel mediante el cual se analiza a la norma desde el parámetro del cumplimiento por parte de los sujetos a quienes está destinada,

⁷² Jaime Pozo Chamorro, “El Control Constitucional de los Actos Administrativos con Efectos Generales, en el marco de la Constitución de la República y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”, (tesis maestría Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2013), <http://hdl.handle.net/10644/3781>, 14 - 15.

que tiene relación con la fenomenología del derecho, cuyo análisis se complementarían si se suman dos parámetros adicionales relacionados con la obediencia, entendida como el cumplimiento de los deberes jurídicos por parte de los sujetos pasivos; y, con su aplicabilidad, que encuentra cabida en el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los órganos competentes a cargo de su aplicación.

Por lo tanto, desde una perspectiva estrictamente formal, todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado constituyen actos normativos, con prescindencia del órgano en el que se originan, las materias que regulan y su ubicación jerárquica dentro del ordenamiento, ya que la esencia de una norma es que contenga un precepto jurídico dirigido a regular la conducta de los individuos en su convivencia social.

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, resulta necesario entender a los actos normativos desde las características y los efectos inherentes a su naturaleza, entre las que nos referiremos a las más destacadas y que como se revisó en el apartado anterior, gozan de general aceptación tanto en la doctrina como en la justicia constitucional.

a) Generalidad

Al respecto, el tratadista ecuatoriano Rafael Oyarte Martínez, manifiesta su rechazo con relación al carácter general de estos pronunciamientos, porque a su criterio, aunque no se trata de un acto de efecto particular, únicamente obliga a la administración pública. Esta posición se sustenta en que bajo el supuesto de que el pronunciamiento fuere adverso a los intereses del Estado, las máximas autoridades de las entidades del sector público podrían formular una solicitud de reconsideración respecto de dicho pronunciamiento, sin embargo, ¿cómo podrían tener conocimiento sobre su contenido, si este únicamente fue notificado a la entidad consultante?⁷³

A criterio de Rafael Oyarte, esta dificultad de carácter práctico vuelve cuestionable el carácter general atribuido a esta clase de pronunciamientos, ya que si cualquiera de las entidades que conforman el sector público, no pudieron formular su solicitud de reconsideración dentro del término previsto en la norma, o en caso de haberlo hecho, no se fundamentó adecuadamente el pedido, la generalidad sería un atributo que aunque legalmente es inherente al pronunciamiento, no lo convierte en legítimo, ya que

⁷³ Oyarte, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, 190.

su obligatoriedad recae en quien consultó y además, también respecto de quien no participó en el proceso de consulta y emisión del pronunciamiento.

Desde mi punto de vista, no se trata de un argumento que valida la inexistencia del carácter general de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, si no de un obstáculo de orden práctico, ya que conforme se tratará más adelante, la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone la obligatoriedad de la publicación de los extractos de pronunciamientos que expida el Procurador General del Estado, además de la publicidad periódica de dichos criterios a través de la página web institucional de la entidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, la generalidad no puede ser vista únicamente respecto de la obligatoria vinculación que debe observar la administración pública respecto de su aplicación, ya que se estaría limitando el análisis a una lectura taxativa del texto del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, cuando en realidad son los efectos jurídicos de dichos pronunciamientos los que deben ser apropiadamente dimensionados para entender el alcance de su obligatoriedad, tal es así, que a criterio de la Corte Constitucional, el mandato obligatorio sobre la aplicación, inaplicación o interpretación de la norma jurídica, contenido en el pronunciamiento incide de manera definitiva en el ejercicio de los derechos y prerrogativas de los administrados dentro de sus relaciones con la administración pública.

Por otro lado, la generalidad también se encuentra estrechamente vinculada con la universalidad del acto normativo, lo que en el caso concreto, implica el cumplimiento obligatorio por parte de todas las entidades que conforman la administración pública, respecto del precepto jurídico contenido en el pronunciamiento del Procurador General del Estado, sin que sean admisibles distinciones o exclusiones arbitrarias, ya que su fuerza vinculante las obliga a encuadrar su conducta dentro de los presupuestos de hecho y condiciones previstas en el acto normativo, porque la respuesta del Procurador General del Estado contenida en el pronunciamiento, no se refiere a la solución jurídica de un caso específico, si no a un criterio tendiente a lograr la inteligibilidad de la norma en casos similares, a través de la emisión de un mandato obligatorio sobre la aplicación, inaplicación o interpretación de las normas infra constitucionales, que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

b) Creación o modificación de derecho objetivo

Vistos desde sus efectos, mientras los actos normativos necesariamente presuponen la generación de derecho objetivo mediante su creación o reforma, el acto administrativo supone la aplicación del derecho objetivo al caso concreto. Por lo tanto, es importante entender que la actividad creadora de derecho objetivo inherente a los actos normativos, está encaminada a producir normas abstractas e impersonales, sin consideración de las singularidades o subjetividades de los individuos, de las que derivarán derechos subjetivos y deberes, que innovan el ordenamiento jurídico del que pasan a formar parte, constituyéndose así, como una fuente permanente del derecho, cuyos efectos normativos se imponen tanto a la administración pública, como a los administrados.

Ahora bien, desde un punto de vista formal, si los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado han sido calificados por la justicia constitucional como actos normativos, los procedimientos de formación, así como las razones de orden político, institucional y jurídico para su emisión, no deberían ser un obstáculo para reconocer su fuerza de ley y demandar su sometimiento irrestricto al ordenamiento jurídico, a través de la adopción de las garantías normativas por las cuales todo órgano revestido de la potestad normativa debe ejercer su actividad adaptando formal y materialmente las normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales, por lo que la validez de los actos normativos, dependerá siempre del reconocimiento frente a los derechos de los administrados.

Caso contrario, conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución, la Corte Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad por el fondo o por la forma contra actos normativos de carácter general, emitidos por órganos y autoridades del Estado, cuyo efecto será la invalidez del acto normativo impugnado. En el caso de Ecuador, el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador determina no solo el orden jerárquico de aplicación de las normas, sino también una categorización taxativa de las mismas.

c) Jerarquía normativa

Implica que todos los órganos del estado deben someterse a la estructura piramidal jerárquica del ordenamiento jurídico administrativo, en cuya cúspide se encuentra la Constitución y posteriormente la Ley. De este esquema se desprende otra de las

características atribuidas a los pronunciamientos del Procurador General del Estado, que se refiere a la ubicación específica de dichas actuaciones dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para ello, es necesario hacer referencia al contenido del primer párrafo del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se establece el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas en Ecuador de la siguiente manera:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; **y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.**” Las negrillas me pertenecen.⁷⁴

Del artículo constitucional citado, es claro inferir que si pese a dar cumplimiento al orden jerárquico de aplicación de las normas, en la práctica se presentara un conflicto entre normas de distinta jerarquía, es la misma Constitución de la República del Ecuador la que prevé la solución, mediante la intervención de aquellas entidades, órganos, funcionarios y servidores públicos, quienes en el ejercicio de sus competencias deberán aplicar la norma jerárquica superior, para lo cual su actuación se enmarcará en el principio de competencia.

Sin embargo, más allá de la consagración del principio de supremacía constitucional, el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador permite una categorización expresa de las normas jurídicas infra constitucionales, dentro de las que no deberían ser considerados los tratados y convenios internacionales, que deben ser entendidos jerárquicamente al mismo nivel que la Constitución. De esta manera, existe claridad absoluta sobre el régimen de prelación que existe entre las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Estado.

Cuando nos referimos a los pronunciamientos del Procurador General del Estado, independientemente de la variedad de criterios generados en torno al tema, resulta conveniente y clarificador utilizar el criterio de la Corte Constitucional, que los categoriza como actos y decisiones de poder público, lo que resulta concordante con la realidad, ya que la Procuraduría General del Estado es uno de los organismos públicos contemplados en el artículo 225 de la Constitución, dirigido y representado por el Procurador, funcionario público que de acuerdo con el artículo 89 del Código Orgánico

⁷⁴ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 425.

Administrativo, puede expresar su voluntad a través de cualquiera de las 5 categorías de actuaciones administrativas previstas: acto administrativo, acto de simple administración, contrato administrativo, hecho administrativo y acto normativo de carácter administrativo.

Con relación a esta última categoría denominada acto normativo de carácter administrativo, el Código Orgánico Administrativo, lo define en su artículo 128, como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa.”, cuya competencia es ejercida por las máximas autoridades administrativas y cuyo alcance se limita a no realizar ninguna de las actuaciones previstas en el artículo 131 del mismo Código, que de manera general hace referencia a la restricción de derechos y garantías constitucionales; inobservancia de las materias con reserva de ley, o aquellas asignadas a la competencia de otras administraciones públicas; plantear requerimientos adicionales distintos a los previstos en la ley; delegar la competencia normativa de carácter administrativo; o, emitir actos de esta naturaleza, sin acreditar competencia legal o constitucional.

En este orden de ideas, podemos asegurar que los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, se encuentran categorizados dentro de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano tanto a nivel constitucional como legal, como actos o decisiones de poderes públicos, específicamente como actos normativos de carácter administrativo, en razón de que sus efectos jurídicos cumplen con los criterios de generalidad, creación o modificación de derecho objetivo y jerarquía normativa, asignados por la doctrina clásica a esta clase de actuaciones.

d) Permanencia o carácter consuntivo

Aunque a la luz de los análisis efectuados por la Corte Constitucional en las sentencias referidas en la primera parte de este capítulo, en las que se estimó suficiente que para poder atribuir la calidad de acto normativo a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, basta que se verifiquen sus efectos generales, la creación o modificación de derecho objetivo y su jerarquización dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, considero fundamental que de acuerdo con la posición doctrinaria

prevalente,⁷⁵ se incluya como otro de los caracteres esenciales del acto normativo, su vocación de permanencia, que permite su incorporación al ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, contraria a la de los actos administrativos, cuyo cumplimiento agota su vigencia.

La permanencia de los actos normativos, denominada por Comadira como carácter consuntivo⁷⁶, permite que una vez expedidos pasen a conformar el bloque normativo, por lo que su aplicación no repercute en su agotamiento, ni en su extinción como fuente de obligación permanente, respecto de aquella generalidad de sujetos a quienes está destinado.

Sin perjuicio de lo expuesto, los actos normativos, al igual que el resto de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, son susceptibles de control, a través de los mecanismos previstos en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el numeral 2 de su artículo 436:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

[...] 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.⁷⁷

En este sentido, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional está facultada para limitar el carácter permanente de los actos normativos, mediante el ejercicio privativo del control abstracto formal y material de constitucionalidad, respecto de aquellas acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de actos normativos no parlamentarios, que en caso de evidenciar violaciones a la Constitución, acarrearía la declaratoria de inconstitucionalidad y la consecuente expulsión del acto normativo del ordenamiento jurídico.

Aunque la impugnación de los actos normativos de carácter administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa, será objeto específico de análisis en el capítulo 3, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos,

⁷⁵ Zavala, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 327 y 328.

⁷⁶ Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2013), 394.

⁷⁷ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador . Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 436.

por excelencia, los actos normativos pueden ser impugnados por quien tenga interés directo, a través de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder, cuya finalidad persigue tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo. Sin embargo, en el numeral 1 del artículo 326 del Código *ibidem*, los actos normativos también podrían ser objeto de impugnación a través de la acción de plena jurisdicción o subjetiva, siempre que lesionen los derechos subjetivos del accionante, lo que es concordante con la naturaleza jurídica de este tipo de acción contencioso-administrativa, que como se revisará más adelante, tiene como fin último la tutela del derecho subjetivo del accionante, que debido a un hecho o acto administrativo de efectos jurídicos directos, ha sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente.

3.2 El pronunciamiento del Procurador General del Estado como acto normativo de carácter administrativo

La actividad de la Administración Pública se regula mediante la creación de normas jurídicas que permiten el desarrollo objetivo y racional de su principal fin que, consiste en la satisfacción del interés general, bajo estricta observancia de los límites de sus competencias establecidos en la ley, evitando cualquier tipo de contradicción con el ordenamiento jurídico, con la finalidad de que conserven su eficacia normativa. Por lo tanto, queda claro que las normas constitucionales y la ley no son las únicas categorías normativas, puesto que existen órganos de la administración pública que han sido revestidos de potestad normativa, materializada mediante la expedición de los llamados actos normativos de carácter administrativo, conforme lo establecido en el artículo 128 del Código Orgánico Administrativo, los mismos que no deben ser asimilados o reducidos a la potestad reglamentaria del Presidente de la República respecto de las leyes y que es independiente de la competencia normativa de carácter administrativo que el primer mandatario ejerce sobre respecto de la Administración Pública Central que conforma la Función Ejecutiva.

En ese sentido, el tratadista español Eduardo García de Enterría considera que el reglamento es toda norma escrita emanada de la Administración Pública que, permite su participación activa en la formación del ordenamiento jurídico.⁷⁸ En similar línea de análisis, Roberto Dromi, señala que los efectos jurídicos generales convierten a los

⁷⁸ García Enterría y Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 173.

reglamentos en los actos normativos de carácter administrativo por excelencia;⁷⁹ sin embargo, considero que en la práctica jurídica de nuestro entorno, existen variadas formas de materializar la potestad normativa de la administración pública, una de las más difundidas es la ejercida a través de los gobiernos municipales, entre cuyas competencias exclusivas, se destaca la expedición de ordenanzas cantonales tendientes a la creación, modificación o supresión de tasas y contribuciones especiales de mejoras,⁸⁰ de acuerdo con el ámbito de sus competencias y territorio. En contraste, una de las menos conocidas debido a las peculiaridades inherentes a su naturaleza jurídica, serían los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado.

Tal es así que, conforme lo establecido en el artículo 89 del Código Orgánico Administrativo, la actividad de las administraciones públicas contempla 5 formas de expresión de la voluntad administrativa: acto administrativo; acto de simple administración; contrato administrativo; hecho administrativo; y acto normativo de carácter administrativo. Con relación a esta última forma de expresión, me refiero al acto normativo de carácter administrativo, el artículo 128 del referido Código, determina que es toda declaración unilateral, efectuada en ejercicio de una competencia administrativa, que produce efectos jurídicos generales y cuyo agotamiento no se verifica con su cumplimiento, así como tampoco de forma directa, lo que posibilita su incorporación al ordenamiento jurídico.

Con relación a la competencia administrativa para expedir actos normativos de carácter administrativo, el legislador ha procurado conferirla de manera restringida, lo que se comprueba con lo prescrito en el artículo 130 del Código Orgánico Administrativo, que establece que, las máximas autoridades administrativas ejercerán la competencia normativa de carácter administrativo, solo para regular cuestiones de índole interno, de acuerdo a las particularidades y necesidades del sector al que corresponda, siempre que la ley no atribuya dicha competencia a favor de la máxima autoridad legislativa de determinada administración pública.

Además, en el segundo párrafo del artículo 130 del Código Orgánico Administrativo, se refuerza la necesidad de que la competencia regulatoria respecto de las actuaciones de las personas, esté expresamente atribuida en la ley, previsión que resulta lógica, en concordancia con el principio de reserva legal, contemplado en el

⁷⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Fundación UADE (Buenos Aires: 2015), 255.

⁸⁰ Ecuador, Constitución del 2008, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, Art. 264, numeral 5.

artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se determinan los casos que requieren ser normados mediante la expedición de una ley y en cuyo numeral 1, se hace referencia específica al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Esta visión restrictiva respecto de la actividad normativa generada a través de las máximas autoridades de las entidades que conforman la administración pública, ha gozado de cierta estabilidad en el tiempo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tal es así, que a partir del artículo 80 del derogado Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, norma antecesora al Código Orgánico Administrativo, se establecieron la definición, proceso de formación, vigencia, impugnación, extinción y reforma de los actos normativos; sin embargo, llama la atención que, a diferencia de la normativa vigente, el procedimiento de formación de los actos normativos que antes era reglado, revestía un asunto de importante complejidad, ya que según el artículo 80 de dicho Estatuto, la iniciativa para su expedición debía ir acompañada de estudios e informes que justifiquen su legitimidad y oportunidad, así como de procesos de socialización dirigidos a las personas que potencialmente podrían verse afectadas con su expedición, sin que dichos criterios resulten vinculantes para la administración.

Sin perjuicio de lo expuesto, en la actualidad, la expedición de actos normativos de carácter administrativo debe efectuarse en estricta observancia de los principios, formalidades y procedimientos determinados en la normativa específica. En el caso particular de la competencia consultiva ejercida por el Procurador General del Estado, los actos normativos de carácter administrativo contenidos en los pronunciamientos, deberán ser expedidos en atención a los límites de la competencia otorgada a favor del Procurador General, que se encuentran determinados en la Constitución de la República del Ecuador, así como conforme los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con relación a la naturaleza jurídica de las entidades que se encuentran legitimadas para efectuar las consultas y para solicitar la reconsideración del pronunciamiento; y, los procedimientos administrativos internos contemplados en el Procedimiento para Atención de Consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado⁸¹ y en el Manual de Defensa Jurídica del Estado, que constituye una fuente de

⁸¹ Ecuador, Procedimiento para Atención de Consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado, Resolución No. 24, Registro Oficial No. 532, 17 de julio de 2019.

apoyo doctrinario, en que se aborda la función de la Procuraduría General del Estado dentro del contexto estructural y normativo del Estado ecuatoriano.⁸²

Con relación a la publicidad como factor condicionante para la entrada en vigencia de los actos normativos, partiendo de la premisa contenida en el artículo 6 del Código Civil, que determina que la ley entra en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial, lo que en el caso específico conlleva que para que los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado entren en vigencia deben ser publicados a través de los medios oficiales del Estado, ya que su vigencia y por lo tanto, la exigencia en cuanto a su cumplimiento, dependen de este requisito, de tal manera que los sujetos vinculados y obligados a cumplirlos no puedan alegar desconocimiento como justificación para su inaplicación.

Si se acoge el criterio de la Corte Constitucional respecto de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, como actos normativos con todos los atributos inherentes a su naturaleza, como lo es la generalidad, definitivamente deben ser objeto de publicación en el Registro Oficial, tanto por razones de orden formal, como material, ya que si bien en la práctica, una vez expedido el pronunciamiento, la abstención o el archivo de la consulta, la entidad consultante es notificada con la respuesta, para que el pronunciamiento sea un verdadero acto normativo que goce de validez y vigencia, debe ser conocido por la generalidad de sujetos que conforman la administración pública y aquellos particulares dentro de sus relaciones con dicha administración.

En la práctica, los extractos de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, no solo son publicados en el Registro Oficial, tal como lo dispone la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado,⁸³ sino que además, cuentan con un mecanismo que permite su adecuada y oportuna difusión, aún más, considerando que se trata del ejercicio de la función consultiva privativa, atribuida por mandato constitucional a este órgano, cuyo carácter vinculante, los convierte en obligatorios para quien consulta, para el resto de la administración

⁸² Álvaro Salazar Mejía, “Manual de Defensa Jurídica del Estado”, Primera Edición, Ecuador, noviembre 2021, <http://www.pge.gob.ec>

⁸³ Ecuador, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004: “*PRIMERA.- Los extractos de los informes, dictámenes, absolución de consultas, pronunciamientos, resoluciones administrativas y reglamentos que el Procurador General del Estado expida, serán publicados en el Registro Oficial.*”

pública e incluso para los particulares, cuando su actividad se enmarque en el presupuesto de hecho analizado en el pronunciamiento.⁸⁴

En virtud de lo expuesto, la publicidad de los actos normativos de carácter administrativo, es una condición de validez que, además contribuye a garantizar la plena vigencia de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y participación ciudadana, impidiendo que el incumplimiento de las normas pueda ser justificado en su desconocimiento; así como también, se puedan prevenir las arbitrariedades en contra de los administrados, permitiendo que estos últimos se rijan por instrumentos legítimos y válidos.

Finalmente, con relación a las limitaciones, los actos normativos de carácter administrativo deben ser expedidos a través del órgano competente y la iniciativa para ello debe justificar, tanto su legitimidad, como la oportunidad. El Código Orgánico Administrativo en su artículo 131 establece las prohibiciones al ejercicio de la competencia normativa que se refieren a los siguientes aspectos: limitación de derechos y garantías constitucionales; regulación de materias de reserva legal; solicitud de requisitos adicionales o diferentes a los dispuestos en la ley para ejercitar derechos y garantías; regulación de materias que corresponden a otras administraciones; delegación de la competencia normativa de tipo administrativo; expedición de actos normativos administrativos sin competencia constitucional o legal.

3.3 Caso Práctico

Un claro ejemplo de los efectos jurídicos de un acto normativo de carácter administrativo, generado en torno a la competencia consultiva del Procurador General del Estado, se aprecia en el pronunciamiento emitido mediante Oficio No. 02145 de 3 de enero de 2019, por el Dr. Iñigo Salvador Crespo, actual Procurador General del Estado, en torno a las consultas formuladas por el ex Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCOSA), Juan Carlos Galarza Oleas.

La primera consulta se refirió a la derogatoria tácita del procedimiento sancionatorio especial, establecido en la Ley Orgánica de Salud, a raíz de la vigencia del procedimiento administrativo sancionador establecido en el Código Orgánico

⁸⁴ Por iniciativa de la Procuraduría General del Estado, el texto íntegro de cada pronunciamiento consta en el Sistema de Consultas Absueltas, en el portal institucional www.pge.gob.ec, que es una herramienta de acceso público, que desde el mes de abril de 2022 realiza la publicación mensual de los pronunciamientos.

Administrativo. Al respecto, el Procurador General del Estado se pronunció indicando que, de conformidad con el artículo 39 del Código Civil,⁸⁵ el procedimiento sancionatorio contemplado en la Ley Orgánica de Salud, al ser especial, no fue derogado expresa, ni tácitamente por el Código Orgánico Administrativo.

La segunda de ellas se relaciona con la aplicación supletoria del procedimiento administrativo sancionador y normas relacionadas con la caducidad o prescripción de sanciones e infracciones, medidas cautelares o provisionales de protección determinadas en el Código Orgánico Administrativo, respecto de los procedimientos sancionatorios especiales contemplados en la Ley Orgánica de Salud. Con relación a esta segunda consulta, el Procurador General del Estado la absolvió manifestando que, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil,⁸⁶ la ARCSA debe regirse a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salud y respecto de lo no previsto en dicha ley, deberá aplicar de manera supletoria las disposiciones relacionadas con el procedimiento administrativo sancionador contempladas en el Código Orgánico Administrativo.

Una vez revisado el contenido de las consultas absueltas por el Procurador General del Estado, con relación a la derogatoria tácita del Código Orgánico de Salud y la forma de aplicación del Código Orgánico Administrativo en procedimientos administrativos sancionatorios iniciados en torno a infracciones a la Ley Orgánica de Salud, se puede verificar la presencia de características propias de una norma jurídica, que ratifican la naturaleza de acto normativo de carácter administrativo, conforme se explica a continuación:

- a) **Generalidad**, en razón de que el criterio contenido en el pronunciamiento no solo generó certeza a la ARCSA, en su calidad de entidad consultante, sino que también creó un presupuesto de hecho, en el que podrán enmarcarse el resto de entidades del sector público que se encuentren ante la duda de la derogatoria tácita de una ley especial frente a una ley general posterior, así como frente a un eventual conflicto surgido entre la aplicación del procedimiento administrativo sancionador determinado en una ley especial y el establecido en el Código Orgánico Administrativo como norma general, expedida con posterioridad.

⁸⁵ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, Art. 39: “La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa.”

⁸⁶ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, Art. 18, numeral 7: “Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: [...] 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”, Registro Oficial Suplemento No. 46, de 24 de junio de 2005.

En este caso, el efecto vinculante del criterio contenido en el pronunciamiento genera una obligación a la entidad consultante de manera particular y al resto de entidades del sector público de manera general, mediante la aplicación de la regla doctrinaria de prevalencia del criterio de especialidad, establecido en el artículo 39 del Código Civil, además de la ratificación del carácter supletorio de las disposiciones del Código Orgánico Administrativo, respecto de aquellos aspectos procedimentales que no se encuentren normados en las leyes especiales.

- b) Modificación de derecho objetivo,** que se identifica en la contundente y directa incidencia que tiene criterio contenido en el pronunciamiento respecto de los derechos y prerrogativas de los administrados, que en caso de estar sujetos a un procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra por parte de la ARCSA, o cualquier otra entidad regida por la Ley Orgánica de Salud, deberán exigir la sustanciación de un debido proceso, en función de ser juzgados no solo con las normas contempladas en la Ley Orgánica de Salud como ley especial vigente, sino también, en cumplimiento de las disposiciones generales contenidas en el Código Orgánico Administrativo, relacionadas con el procedimiento administrativo sancionador y cuya cabal observancia se convierte en obligatoria, so pena de que la entidad sustanciadora incurra en una nulidad de procedimiento.
- c) Jerarquía normativa,** que se verifica con la presencia de las características analizadas en los literales anteriores, lo que a su vez, permite ratificar la jerarquización del pronunciamiento del Procurador General como un verdadero acto normativo de efectos generales, que modifica el derecho objetivo y cuyo carácter administrativo, deriva de su categorización como acto emanado del poder público, en razón de ser ejercido por un funcionario que actúa en ejercicio de la competencia consultiva que le fue otorgada.
- d) Permanencia,** es un hecho que desde la fecha de expedición del pronunciamiento en cuestión, hasta el día de hoy, los procedimientos administrativos sancionadores impulsados por el Ministerio de Salud y sus dependencias continúan aplicando el procedimiento sancionatorio especial contemplado en la Ley Orgánica de Salud, mientras que en cuanto a los asuntos no previstos en la Ley Especial, se aplican de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Administrativo, que confiere el marco jurídico general de referencia para las actuaciones y procedimientos administrativos por parte de la Administración Pública.

Sin perjuicio de que la interpretación legal de carácter general y obligatorio es una competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, a mi criterio, con la emisión de este pronunciamiento el Procurador General del Estado realizó en la forma un adecuado ejercicio de interpretación de una norma jurídica de rango legal, de manera abstracta y centrando su análisis en la aplicación del procedimiento administrativo sancionador general, con base en el criterio de especialidad, sin consideración del procedimiento específico aplicado por la ARCSA, ni de las disposiciones derogatorias, lo que otorga al referido pronunciamiento el carácter de disposición general y obligatoria.

Sin embargo, con relación al contenido del pronunciamiento considero que si bien el Código Orgánico Administrativo fue concebido como un cuerpo normativo tendiente a brindar un marco general de actuación a la administración pública, mediante la estandarización o unificación de los procedimientos administrativos, no es menos cierto que debido a errores de técnica legislativa, específicamente en razón de la derogatoria general de todas las normas referentes al procedimiento administrativo sancionador contenido en la Disposición Derogatoria Primera, frente al reconocimiento de la vigencia de ciertas normas en razón de su especialidad, sirvieron como caldo de cultivo para que el pronunciamiento priorice la aplicación del principio de especialidad por sobre el criterio de *lex posterior*, sacrificando la eficacia del Código Orgánico Administrativo, al reducirlo a un cuerpo normativo supletorio, con el fin de garantizar la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico.

Capítulo Tercero

Mecanismos idóneos de tutela jurisdiccional de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado

El vocablo “idóneo” hace referencia a lo que se considera adecuado y apropiado para algo. Desde una perspectiva jurídica, cada proceso judicial, goza de una naturaleza y racionalidad inherentes a su propósito, lo que los convierte en idóneos o no, en función del derecho que se pretende tutelar y el tipo de norma jurídica en el que dicho derecho se encuentra amparado. Por lo tanto, la idoneidad de un mecanismo de control jurisdiccional, no debería ser un aspecto de menor importancia, sobre todo cuando el detonante tiene origen en las actuaciones administrativas, ejercidas a través de las entidades del Estado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado: “[...] la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos, y sobre todo que se cumpla con el objetivo de resolver sobre el derecho presuntamente vulnerado”.⁸⁷

En este contexto, el derecho a la tutela judicial efectiva, cobra transcendental importancia, sobre todo bajo la concepción aportada por el doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en los siguientes términos:

El derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas.⁸⁸

En el caso particular que nos ocupa, resulta preocupante la ausencia de unanimidad de criterios con relación a los mecanismos jurisdiccionales idóneos que permiten el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado contravenga el ordenamiento jurídico. Para ello, a través de este capítulo, se realiza un análisis detallado

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, de 6 de mayo de 2008.

⁸⁸ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano* (Quito: Andrade&Asociados, Fondo Editorial, 2017), 44.

de los mecanismos de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional.

1. Mecanismos de Impugnación

1.1 Sede Administrativa

Aunque este capítulo ha sido dedicado al abordaje de los mecanismos de tutela jurisdiccional ante los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, dada su particular naturaleza jurídica, se estimó oportuno hacer una breve referencia a la solicitud de reconsideración como un mecanismo de tutela administrativa, asimilable a un recurso en vía administrativa que se realiza a través de los órganos competentes asignados en la ley para tal fin, a través de los recursos de apelación y extraordinario de revisión, los mismos que se encuentran regulados a partir del artículo 219 y siguientes del Código Orgánico Administrativo; sin embargo, esta clase de recursos pueden ser planteados únicamente en contra del acto administrativo y por parte de las personas interesadas, hayan comparecido o no en el procedimiento, tal es el caso del recurso de apelación; mientras tanto, en el caso del recurso extraordinario de revisión, es necesario que el acto administrativo haya causado estado en vía administrativa para su interposición, siempre que se cumpla con las condiciones previstas en cualquiera de los 5 numerales del artículo 232 del Código Orgánico Administrativo.

Resulta evidente que todo acto administrativo emanado de la administración pública es susceptible de impugnación en sede administrativa, a través de los recursos previstos en el Código Orgánico Administrativo. Sin perjuicio de lo expuesto, los actos normativos de carácter administrativo entendidos como aquella declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa, no son susceptibles de impugnación en vía administrativa por disposición legal contenida en el numeral 1 del artículo 217 del Código Orgánico Administrativo, en el que se determina que únicamente los actos administrativos pueden ser impugnados en vía administrativa mediante la interposición del recurso de apelación por parte de los interesados, hayan comparecido o no en el procedimiento, lo que resulta lógico si se parte del presupuesto que los actos administrativos materializan la voluntad administrativa, se agotan con su cumplimiento y generan efectos jurídicos generales y directos, que en caso de vulnerar los derechos

subjetivos del administrado pueden ser objeto de impugnación debido a la afectación concreta que causan, lo que no ocurre con los actos normativos de carácter administrativo, cuyos efectos jurídicos son generales y no se agotan con su cumplimiento, lo que los convierte en inimpugnables en sede administrativa.

En el caso del pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado al que se le ha atribuido la naturaleza jurídica de acto normativo, le asiste un régimen de impugnación especial que solo procederá bajo las condiciones y según lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, ya que por un lado, solo los actos administrativos son impugnables en vía administrativa y por otro, al tratarse de una actuación administrativa tan particular, ejercida en el marco de la potestad consultiva, es viable que la entidad consultante o las máximas autoridades de las entidades del sector público puedan impugnarlo mediante la solicitud de reconsideración, cuya finalidad es precautelar el control de legalidad y los intereses del Estado, bajo el supuesto de que el pronunciamiento dictado por el Procurador General resulte adverso a los intereses de las instituciones del Estado.

En este contexto, la solicitud de reconsideración deberá ser planteada dentro del término de 15 días concedidos a la entidad consultante conforme lo determinado en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, es decir antes de que el pronunciamiento cause estado en sede administrativa, la reconsideración podrá ser solicitada por una sola vez ante las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público, siempre que éste fuere adverso a los intereses de las instituciones del Estado y de acuerdo con los siguientes requisitos: i) El requerimiento podrá ser planteado por una sola vez, ante el Procurador General del Estado; ii) El requerimiento debe ser fundamentado en debida forma, para lo cual la entidad consultante deberá adjuntar el informe del asesor jurídico o procurador;⁸⁹ iii) El término previsto para plantear la solicitud de reconsideración, es de 15 días, contados desde la notificación efectuada con el pronunciamiento, a la entidad consultante.

La respuesta generada por el Procurador General del Estado en torno al pedido de reconsideración deberá ser emitida en el término de 15 días, y podrá contemplar la

⁸⁹ Ecuador, Procedimiento para Atención de Consultas a la Procuraduría, Resolución de la Procuraduría General del Estado 24, Registro Oficial No. 532, de 17 de julio de 2019: “Art. 10.- La solicitud de reconsideración, prevista en el tercer inciso del artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, deberá ser fundamentada y adjuntará, en texto independiente, el informe del asesor jurídico o procurador del organismo, institución o entidad del sector público. La solicitud de reconsideración se tramitará observando, en lo aplicable, lo previsto en esta Resolución.”

rectificación o ratificación del pronunciamiento. Bajo este último supuesto, el pronunciamiento causa estado en sede administrativa desde la notificación de la ratificación del pronunciamiento a la entidad requirente, por lo que, a partir de este momento, no cabe el planteamiento de recurso alguno en sede administrativa; sin embargo, se abre la posibilidad de que el interesado, entendido como la propia administración pública, a través de cualquiera de sus instituciones o el mismo organismo consultante; o, en su defecto, los administrados que creyeren afectados sus derechos, puedan accionar los mecanismos jurisdiccionales previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que serán analizados en este capítulo.

Por lo tanto, podemos asegurar que es procedente y necesaria la existencia de un mecanismo de impugnación único y específico en sede administrativa, que viabilice la impugnación directa de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, ya que por un lado, garantiza el ejercicio del derecho constitucional a la defensa, por parte de la propia administración pública y los administrados; y, por otro lado, genera la posibilidad que, dentro de un corto espacio de tiempo, el Procurador General del Estado reconsidere y resuelva sobre el pedido de reconsideración, basado en el criterio jurídico institucional e intereses que justifican la postura del organismo público requirente, sin necesidad de tener que acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, o a la justicia constitucional, que independientemente de su grado de efectividad en lo que respecta a la tutela de derechos, implicarían una larga espera, durante la cual, el efecto vinculante del pronunciamiento continuará vigente y de obligatoria aplicación, no solo para las instituciones del Estado que se enmarcan en similar situación a la que constituyó el objeto de la consulta, sino también, para los administrados en sus relaciones con Estado.

1.2 Sede Judicial

a) Jurisdicción Contencioso Administrativa

El tratadista colombiano Carlos Betancur Jaramillo, sostiene que lo contencioso entraña la idea de contradicción respecto de la valor jurídico otorgado a un acto, hecho o contrato originado en la administración pública, por lo que a su criterio, la materia contencioso administrativa “[...] está constituida por el conflicto jurídico surgido entre el administrado y la administración, en torno a la actividad dentro de ésta considerada como desconocedora del ordenamiento jurídico general o de los derechos subjetivos de aquel y

planteado ante un organismo independiente que debe decidirlo mediante una sentencia, aplicando reglas propias.”⁹⁰. En el mismo sentido, para Marcelo Costa, el objetivo que persigue la acción contencioso-administrativa, consiste en “[...] atacar o impugnar la actuación irregular o en algunos casos arbitraria del funcionario público que se encuentra ejerciendo esa función dentro del órgano o entidad del sector público”.⁹¹

En el caso ecuatoriano, la justicia contencioso-administrativa ha sido insertada dentro del esquema del sistema judicial que es aquel que permite que las actuaciones administrativas controvertidas, sean sometidas al conocimiento y resolución de un tercero imparcial, quien al formar parte de la función judicial, debe observar una conducta independiente y libre de injerencias externas; sin embargo, el principal cuestionamiento realizado al sistema judicial, radica en la imperante necesidad de contar con jueces debidamente capacitados y especializados en la materia, caso contrario, se estaría poniendo en juego el acceso a una tutela judicial efectiva a favor del administrado con relación a sus prerrogativas y derechos.⁹²

Por lo tanto, el proceso contencioso administrativo desarrollado bajo los lineamientos del sistema judicial, ejercido principalmente a través del control ex post, o revisión posterior de las actuaciones administrativas, es el sistema de administración de justicia que permite una adecuada materialización del derecho a la tutela judicial efectiva, que a criterio de Carlos Bernal Pulido, es uno de los 5 derechos fundamentales esenciales, que viabiliza la protección de otros derechos,⁹³ para lo cual plantea rigurosas condiciones tales como, el ejercicio de una competencia jurisdiccional imparcial que, evite la arbitrariedad, con el objetivo de salvaguardar el interés público, en un primer momento, mediante la declaración o ejecución contenida en la sentencia; y, finalmente, realizando el control de legalidad de las actuaciones administrativas controvertidas.

La independencia y la especialización constituyen dos de las condiciones necesarias para la efectividad de la justicia contencioso-administrativa en Ecuador, ya que el trabajo de los jueces no solo se centra en la administración de justicia aplicada al

⁹⁰ Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho Procesal Administrativo*, 4a. Edición (Bogotá: Señal Editora, 1994), 31.

⁹¹ Marcelo Costa, *Las acciones contencioso administrativas en Ecuador, Análisis Doctrinario y Jurídico*, citado en Diego Coca Ch., “Análisis y actualidad del derecho administrativo: La Acción de Protección como distractor del proceso contencioso administrativo. Un acercamiento teórico” (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 324.

⁹² Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo*, 180.

⁹³ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá: 2005), 333.

caso concreto, si no que, además genera precedentes de lo que debe ser concebido como el adecuado ejercicio de las competencias administrativas, en el marco de lo constitucional y lo legal, incluso permitiendo la detección de los errores en la legislación y con ello, una constante mejora e innovación del ordenamiento jurídico, que constituye la base de su actuación.

Sin perjuicio de lo señalado, e independientemente de los conceptos y clasificaciones doctrinarias vertidas en torno a la justicia contencioso-administrativa, existe unanimidad de criterios con relación a su fundamento, que radica en la tutela judicial, concebida como garantía basada en el sometimiento irrestricto de las actuaciones de la administración al control de legalidad, ejercido mediante el recurso contencioso administrativo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos, comprende 4 clases de acciones⁹⁴: 1. Plena jurisdicción o subjetiva; 2. Anulación objetiva o por exceso de poder; 3. Lesividad; y, 4. Especiales.⁹⁵

Cabe mencionar que, conforme lo establecido en el artículo 327 del Código Orgánico General de Procesos, el procedimiento transversal mediante el cual se tramitan todas las acciones contencioso-administrativas es el ordinario, salvo aquellas acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que, se tramitarán en procedimiento sumario. La tramitación vía ordinaria implica que se trata de un proceso de conocimiento, en el que a criterio de Devis Echandía, el juez determina la existencia del derecho y quien lo ostenta, con base en la regulación del conflicto de intereses planteado.⁹⁶

Con relación a las características del proceso contencioso-administrativa a continuación, se mencionan las principales: a) Sujeto. La administración será siempre parte procesal, como actora o como demandada; b) Objeto. La actividad administrativa será el detonante a partir del cual se afecta el derecho objetivo o subjetivo del actor; c)

⁹⁴ Sin perjuicio de lo expuesto, la Resolución No. 64-1999, publicada en el Registro Oficial No. 214, de 17 de junio de 1999, emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se reconocen únicamente dos clases de recursos, el objetivo o de anulación y el subjetivo o de plena jurisdicción, en razón de lo cual la calificación del recurso corresponde privativamente al juzgador, sin consideración de lo que sostengan las partes. Por ello, en ningún caso se ha desechado una acción por indebida elección del recurso, ya que no constituye un requisito esencial de la demanda.

⁹⁵ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, Art. 326, numeral 4: “Las especiales de: a) El silencio administrativo. b) El pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República. c) La responsabilidad objetiva del Estado. d) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley. e) Las controversias en materia de contratación pública. f) Las demás que señale la ley.”

⁹⁶ Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997), 165.

Finalidad. Se circunscribe a la revisión de los actos de la administración; d) Independencia. Con fundamento en el principio de legalidad, la competencia para juzgar las actuaciones administrativas se concibe de manera independiente al resto de funciones del Estado; y, e) Régimen jurídico. Su sustento jurídico se fundamenta en normas de carácter sustantivo y adjetivo, propias de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A continuación, se realizará un breve análisis sobre las dos clases de acciones contencioso-administrativas que podrían ser interpuestas en contra de un acto normativo de carácter administrativo, para lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los que se creyeren asistidos no solo los administrados, sino también la misma administración pública.

b) Acción subjetiva o de plena jurisdicción

Conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos, la acción de plena jurisdicción o subjetiva, ampara un derecho subjetivo que presuntamente ha sido vulnerado, ya sea por su desconocimiento o reconocimiento parcial, a través de actuaciones administrativas, cuyos efectos jurídicos, ya sean estos individuales o generales, siempre serán directos.

Esta clase de recurso contencioso administrativo puede ser interpuesto dentro del término de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado; y, procede no solo en contra de hechos o actos administrativos, si no también, en contra de actos normativos, siempre que, en el caso de estos últimos, la pretensión esté encaminada a amparar un derecho subjetivo que ha sido lesionado. En este contexto, el juez está facultado para adoptar las medidas que fueren necesarias y pertinentes, como la suspensión del acto impugnado,⁹⁷ con la finalidad de poner fin a las consecuencias gravosas producidas a partir de la actuación administrativa controvertida, sin que ello implique un ataque tácito o expreso al contenido general del acto impugnado.

⁹⁷ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015. “Art. 330.- Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.”

Dicho de otra manera, ya sea que se trate de una acción de plena jurisdicción o subjetiva entablada en contra de actos administrativos o actos normativos, según Roberto Dromi, la pretensión que fundamenta esta clase de acciones:

[...] gira en torno a la tutela de un derecho subjetivo que el demandante alega se le ha negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se impugna. En este tipo de procesos, evidentemente, es exigencia ineludible que el actor invoque en su favor un derecho subjetivo, pues precisamente se trata de una vía procesal que tiende a su protección.⁹⁸

En este punto, considero oportuno referirme al derecho subjetivo, originalmente entendido como la facultad o poder de la voluntad amparado por el derecho,⁹⁹ concepción que con la evolución del pensamiento jurídico fusionó las teorías de la voluntad y del interés, dando lugar a varias corrientes doctrinarias, entre las que se destacan: i) El derecho subjetivo entendido como el interés jurídicamente protegido,¹⁰⁰ reconocido y sometido a un poder de voluntad, emanado del ordenamiento jurídico del que depende su imposición y defensa; y, por otro lado, el derecho subjetivo, concebido como el resultado de situaciones jurídicas que transforman el interés jurídico en interés legítimo, cuando de la ecuación se elimina el carácter de exclusividad, es decir la pertenencia o facultad de disposición que asiste al individuo para exigir el reconocimiento de su derecho frente a terceros, a través de acciones jurisdiccionales que tutelen el cumplimiento de dichas facultades.

Una vez aclarado el concepto de derecho subjetivo, conforme lo determinado en los numerales del 1 al 7 del artículo 303 del Código Orgánico General de Procesos, es necesario hacer referencia a la legitimación activa de la acción subjetiva o de plena jurisdicción, que como es de esperarse, recae en el titular del derecho subjetivo que se considera lesionado por el acto impugnado, con la finalidad de lograr el reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada; así como también podría recaer en la persona natural o jurídica que acredite tener interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad del acto; o, en general, podría ser interpuesta por quienes se

⁹⁸ Dromi, *Derecho Administrativo*, 1104.

⁹⁹ Bernhard Windscheid, un ilustre tratadista de nacionalidad alemana expuso en forma sistémica, la teoría del derecho subjetivo, basado en la voluntad del titular como factor decisivo para el nacimiento del derecho, a través de su voluntad como medio de ejecución de la norma jurídica; o, a partir de la creación, modificación, o supresión de derechos.

¹⁰⁰ El jurista alemán, Rudolf Von Ihering, a partir del desarrollo de la Teoría del Interés, concibió el derecho subjetivo como independiente del Derecho objetivo, al punto de catalogarlo como ajeno y anterior al ordenamiento jurídico.

consideren lesionados por hechos o actos originados en el seno de la administración pública. Con relación al interés directo, es necesario precisar que se trata aquel interés que es distinto al que podría tener la entidad de la administración pública a cuya actuación es imputable la vulneración del derecho, o dicho de otra manera, es aquel interés no administrativo, por lo tanto de carácter privado y cuya afectación recae sobre los particulares¹⁰¹.

Por otro lado, de manera complementaria, en el artículo 304, numerales del 1 al 5 del Código Orgánico General de Procesos, se establece como legitimados pasivos a aquellas personas jurídicas de derecho público, contempladas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, de quienes provenga el acto o disposición que constituye el objeto de la demanda, lo que por obvias razones se extiende a las personas naturales que ejercen cargos directivos o de representación de las entidades públicas; a las personas naturales o jurídicas que se constituyeron como beneficiarias de los derechos derivados del acto, en los casos de acción por lesividad; o, a aquellas personas naturales que tengan vínculos contractuales con el Estado.

Una vez revisados los aspectos esenciales de la acción subjetiva o de plena jurisdicción como la pretensión, legitimación activa y pasiva y procedimiento, resulta de vital importancia insistir en que tal como se mencionó anteriormente, aunque esta clase de acción ampara un derecho subjetivo del accionante, que ha sido presuntamente negado o desconocido por hechos o actos administrativos que acarrear efectos jurídicos directos, no es menos cierto que también procede en contra de actos normativos, siempre que legitimado activo pueda probar que dichas actuaciones lesionan sus derechos subjetivos ya que esa es la naturaleza jurídica de este recurso. Tal es así que mediante Resolución No. 337-97, el 10 de diciembre de 1997, expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en contra del Ministro de Energía y Minas, al respecto se determinó:

[...] aclarando que la acción contencioso-administrativa de carácter subjetivo o de plena jurisdicción impugnando una norma de carácter general, de ser aceptada en sentencia, sólo tiene un efecto particular respecto de quien lo propone, sin que tenga el efecto erga omnes que caracteriza respecto de una norma de esta clase a las resoluciones que se dan en recurso objetivo o de anulación.¹⁰²

¹⁰¹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II (Buenos Aires: F.D.A., 2014), IV-186.

¹⁰² Elena Durán, *Los Recursos contencioso administrativos en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 27.

En este contexto, en cuanto al pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, partiendo del criterio vertido por la Corte Constitucional que le atribuye el carácter de acto normativo; y, a la luz de lo establecido en el numeral 1 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos, el presunto afectado solo podría plantear una acción subjetiva o de plena jurisdicción, siempre que el acto normativo contenido en el pronunciamiento lesione de manera directa e inmediata sus derechos subjetivos, lo que en la práctica resulta poco probable, ya que es a través del hecho o acto administrativo como se materializa el acatamiento observado por la administración pública respecto del criterio vinculante emitido por el Procurador General del Estado, ya que este último, carece del atributo de poder generar efectos jurídicos directos por sí mismo, que conlleven a la consecuente lesión de los derechos subjetivos del legitimado activo. Aseverar lo contrario, implicaría desvirtuar la naturaleza de la pretensión inherente al recurso subjetivo o de plena jurisdicción, que consiste en lograr el reconocimiento del derecho subjetivo que fue negado o desconocido de manera total o parcial, a través de una actuación concreta de la administración pública.

Por las razones expuestas, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, no constituye un mecanismo de impugnación judicial idóneo en contra de un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, ya que si lo que se pretende es la reparación directa e inmediata del derecho subjetivo del accionante, para que esta acción sea procedente, goce de eficacia y cumpla con su objetivo principal que, consiste en tutelar los derechos subjetivos del administrado, debe ser entablada no en contra del acto normativo contenido en el pronunciamiento, si no en contra del hecho o acto administrativo que materializó el criterio jurídico emitido por el Procurador General del Estado, ya que es en este contexto en el que se podrá demostrar de manera fehaciente que el derecho subjetivo ha sido vulnerado por una actuación concreta emanada de la administración pública, expresada a través de un hecho o acto administrativo emanado al amparo de los lineamientos de actuación contenidos en el pronunciamiento del Procurador General del Estado.

c) Acción objetiva o de anulación por exceso de poder

Con la finalidad de tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva que ha sido presuntamente violada por una norma jurídica de jerarquía inferior; o, por resolución

de carácter general expedida por la autoridad, excediéndose en sus facultades legales, el Consejo de Estado francés ideó esta clase de recurso originalmente denominado, “contralor”, que en el ámbito ecuatoriano, puede ser interpuesto por cualquier persona, así no haya sido afectada en sus derechos subjetivos, dentro del plazo de tres años, contados a partir del día siguiente a la expedición del acto normativo.

El recurso objetivo puede ser propuesto por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que tenga interés directo en el asunto, es decir que se verifique la existencia de un “(...) vínculo subjetivo público del demandante o recurrente frente a la resolución administrativa”,¹⁰³ sin que ello implique que deba demostrarse una lesión a los derechos subjetivos y particulares del recurrente. Por lo tanto, reviste especial importancia que la fundamentación de este recurso encuentre su razón de ser en la existencia de un interés directo, que a su vez debe ser real y legítimo. En este punto, es oportuno señalar que entre el derecho subjetivo y el interés legítimo, existe una importante diferencia de grado, ya que este último se encuentra relacionado con el interés público jurídicamente protegido por el ordenamiento, mediante la determinación de normas de relación, encaminadas a proteger el derecho público subjetivo del administrado y normas de acción, que se refieren a la protección del interés público, sin consideración del derecho subjetivo que asiste al particular¹⁰⁴.

Mientras tanto, los legitimados pasivos nuevamente se encuentran circunscritos a lo establecido en el artículo 304 del Código Orgánico General de Procesos, referido en el apartado anterior, con la distinción de que la acción debe ser propuesta en contra del representante legal de la entidad pública que ostenta la competencia normativa, materializada en la producción de normas de derecho objetivo que generen efectos jurídicos generales y directos, y cuya principal característica radica en que su cumplimiento no implica su agotamiento y posterior extinción.

En este contexto, es necesario referirme al efecto erga omnes que conllevan las sentencias derivadas de la interposición de una acción objetiva, ya que, dentro de su alcance y fuerza vinculante, se encuentran inmersas incluso las autoridades que no fueron parte procesal, ello, debido a que la violación de la norma jurídica de derecho objetivo, que forma parte del ordenamiento jurídico, reviste un asunto de interés público, que a través de la acción objetiva busca el restablecimiento de la seguridad jurídica, mediante

¹⁰³ Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, 249.

¹⁰⁴ Rafael Bielsa, *Sobre lo contencioso administrativo* (Santa Fe: Editorial Castellví S.A., 1964), 142.

el control de legalidad ejercido por el juez, a través de la determinación de vicios, expresado en una sentencia declarativa que, según lo determinado en el numeral 2 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos, determinará si el acto normativo impugnado es contrario al derecho objetivo.

Al respecto, la doctrina ha desarrollado de manera específica los vicios que sustentan la declaratoria de nulidad respecto de un acto normativo, a través de la determinación de causales tales como, incompetencia, violación de la ley, vicios de forma y desviación del fin del acto¹⁰⁵. Por lo tanto, la declaratoria de nulidad contenida en la sentencia derivada de una acción objetiva o por exceso de poder, no da lugar a indemnizaciones, así como tampoco a la restauración de la situación jurídica a su estado original, como sí ocurre en el caso de la acción subjetiva, ya que la finalidad primordial de la acción objetiva es lograr el restablecimiento del equilibrio, a través de la declaratoria de nulidad, respecto de un acto normativo que es contrario al ordenamiento jurídico.

Con relación a la pretensión contenida en una acción objetiva, queda claro que está encaminada a la defensa del ordenamiento jurídico vigente, a través de la impugnación en contra de los actos normativos que vulneran la norma de derecho objetivo: “Este recurso opera cuando las personas, naturales o jurídicas, con interés directo, impugnan una decisión administrativa de carácter general, pretendiendo únicamente la tutela de la norma jurídica objetiva; es decir su propósito es lograr la nulidad de la resolución pública para restablecer el imperio jurídico afectado”.¹⁰⁶

Por lo tanto, el fin último de la acción objetiva o de anulación por exceso de poder, es la tutela de la norma objetiva, lo que restringe la controversia, al análisis jurídico respecto de la legalidad del obrar administrativo y si es o no, contrario al derecho objetivo, en cuyo caso será declarado nulo y no inexistente. En cuanto a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, haré referencia a la parte pertinente y relevante de la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia:

El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular que inciden sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez

¹⁰⁵ Durán, *Los Recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, 28.

¹⁰⁶ Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, 248.

calificar de qué recurso se trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley.¹⁰⁷

Por lo tanto, si la jerarquía normativa asignada a los pronunciamientos del Procurador General del Estado es la de acto normativo, se puede asegurar sin temor a equivocación alguna, que la acción objetiva o por exceso de poder es el mecanismo de impugnación judicial idóneo, a través del cual se puede y debe demandar de manera directa del criterio jurídico contenido en el pronunciamiento, al ser contrario al ordenamiento jurídico, que acarrea un asunto de interés público, por lo que lo que se pretende lograr mediante la acción objetiva, es la declaratoria de nulidad del acto normativo impugnado, a fin de restablecer el equilibrio y armonía del ordenamiento, con prescindencia de los derechos subjetivos que pudieron haber sido vulnerados de manera directa por los hechos o actos administrativos emitidos por la administración pública,¹⁰⁸ con fundamento en el criterio contenido en el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, ya que para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto una acción específica, como lo es la acción subjetiva o de plena jurisdicción, que como ha quedado demostrado, tiene una naturaleza esencialmente distinta a la de la acción objetiva o por exceso de poder.

1.3 Sede Constitucional

Según lo establecido en el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador, el control jurisdiccional de la Constitución recae de manera privativa y excluyente sobre la Corte Constitucional. En este contexto, los actos normativos y los actos administrativos de carácter general, producidos en el seno de la administración pública, se encuentran sujetos al control de constitucionalidad ejercido por parte de la Corte Constitucional, como garante de la Supremacía Constitucional. Dicho control se caracteriza por ser inter-orgánico, en razón, de que su ejercicio compete a una entidad distinta de la que proviene el acto; es especializado, ya su análisis se realiza bajo los lineamientos de la técnica jurídica en materia constitucional; y, es reglado, porque está sujeto a los procedimientos determinados de manera específica, tanto en la Constitución como en la ley.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI, No. 5, Quito, 10 de enero de 1996, 1379.

¹⁰⁸ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Edición Primera (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 523.

A continuación, se realiza un breve análisis de las acciones constitucionales que pueden ser ejercidas en contra de los criterios jurídicos contenidos en los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, asumiendo la posición de la Corte Constitucional, en torno a su naturaleza jurídica de acto normativo.

a) Acción de inconstitucionalidad de acto normativo no parlamentario

En la Constitución de la República del Ecuador, la acción de inconstitucionalidad constituye uno de los principales mecanismos jurisdiccionales atribuidos a la competencia de la Corte Constitucional, mediante la cual se puede ejercer el control abstracto de constitucionalidad, respecto de los actos normativos no parlamentarios y los actos administrativos con efectos generales. Los actos normativos no parlamentarios son aquellos cuya origen proviene de la competencia normativa distinta a la atribuida a la Función Legislativa a través de la Asamblea Nacional, es decir que se trata de aquellos actos que al igual que las normas parlamentarias se caracterizan por ser generales, abstractos, directos y generadores de derecho objetivo, sin embargo son expedidos por aquellas entidades de la administración pública revestidas de potestad normativa. En el caso de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado nos encontramos frente a un claro ejemplo de un acto normativo de carácter administrativo emitido por un funcionario con competencia normativa y cuyos criterios por disposición constitucional gozan de efecto vinculante respecto de la entidad consultante y de carácter obligatorio para el resto de la administración pública y los particulares en sus relaciones con el Estado.

Una vez aclarado el concepto de acto normativo no parlamentario, es importante destacar que el acto administrativo de efectos generales y el acto normativo de carácter administrativo constituyen dos formas recurrentes y distintas de actuación jurídica derivadas de la administración pública, entre las que existe una marcada y errónea tendencia a aproximarlos y hasta confundirlos, en razón de que su alcance está dirigido a un número indeterminado de personas. Por ello, resulta necesario resaltar las diferencias fundamentales entre los actos administrativos de efectos generales, que son aquellos originados en un asunto particular y concreto, y se encuentran orientados a materializar la voluntad de la administración pública, a través de la aplicación de las disposiciones legales existentes, mientras que los actos normativos no parlamentarios o de carácter administrativo producen efectos generales y son creadores de derecho objetivo, es decir

que lo innovan al crear reglas de actuación como las generadas a través de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, cuyas características se resumen a continuación: i) expresión unilateral de la voluntad del órgano de la administración pública competente; ii) generalidad, por cuanto se aplica a todas las personas cuya conducta se subsuma en los hechos previstos en la norma; iii) permanencia, porque su agotamiento no depende de su cumplimiento o incumplimiento; y, iv) obligatoriedad, ya que su cumplimiento no depende de la voluntad del conglomerado social al que está dirigido y respecto del cual produce efectos jurídicos generales y en forma directa.

Sin perjuicio de lo expuesto, tanto los actos normativos no parlamentarios, como los actos administrativos de efectos generales, se encuentran sometidos al control ejercido por la Corte Constitucional,¹⁰⁹ específicamente a través de la acción de control de constitucionalidad reparador o *a posteriori*, respecto de los actos normativos no parlamentarios o dicho de otra manera, actos normativos de carácter administrativo, prevista en el artículo 135 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que puede ser propuesta por la persona directamente lesionada en sus derechos, desde el momento en el que se emite el acto, sin que exista un plazo perentorio para su interposición. Se excluye de esta clase de control de constitucionalidad a los actos normativos provenientes del poder legislativo, debido a su naturaleza y procedimientos de aprobación específicos, que ya son objeto de control de constitucionalidad *ex ante*.¹¹⁰

Los efectos materiales que se derivan de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos tienen la finalidad de afectar su validez, a través de su derogatoria y consecuente expulsión definitiva del ordenamiento jurídico, que conforme lo establecido en el artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

¹⁰⁹ “Art. 75: Competencias.- Para ejercer Constitucional será competente para: d) Actos normativos y administrativos con carácter general.”*

* Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.

¹¹⁰ El control constitucional preventivo contempla las objeciones presidenciales totales o parciales a los proyectos de ley, por motivos de inconstitucionalidad; los tratados internacionales que requieren aprobación legislativa; las convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel seccional; el procedimiento de proyectos de enmiendas o reformas a la Constitución; los proyectos de Estatutos de Autonomía; los dictámenes de admisibilidad en caso de enjuiciamiento político al Presidente o Vicepresidente de la República; el dictamen en caso de que la Asamblea Nacional busque la destitución del Presidente por arrogación de funciones; así como también, el dictamen del Presidente bajo el supuesto de disolución de la Asamblea Nacional fundamentado en la misma causal.

Constitucional, tiene efectos de cosa juzgada y que rigen para el futuro, es decir que no admiten la presentación de recurso alguno en su contra.

El principio de supremacía constitucional, contemplado en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que la eficacia jurídica de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, entre las que se incluyen los actos normativos, están condicionadas a guardar estricta conformidad con los preceptos constitucionales. En virtud de lo expuesto, el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que todo órgano provisto de potestad normativa se encuentra obligado a adecuar material y formalmente las normas jurídicas producidas, a los derechos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales.

Por lo tanto, se puede asegurar categóricamente que, si los actos normativos han sido expedidos en armonía con las disposiciones constitucionales, los organismos que conforman la administración pública deberán constituirlos en el fundamento de validez de sus actuaciones, que comúnmente son expresadas a través de hechos y actos administrativos, mediante los cuales se materializa la aplicación de la norma de derecho objetivo contenida en el pronunciamiento. De esta manera, si se presume que al acto normativo adolece de inconstitucionalidad, la vía idónea y efectiva de impugnación para lograr expulsarlo del ordenamiento jurídico, indudablemente la constituye la acción de inconstitucionalidad de actos normativos no parlamentarios, ya que, en caso de ser concedida, conlleva un efecto erga omnes y de cosa juzgada de última y definitiva instancia, que invalida y genera la derogatoria de la norma declarada inconstitucional.

En el caso que nos ocupa y sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, es importante insistir en que este mecanismo de impugnación procede solo en el supuesto de que el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado sea contrario a la Constitución, caso contrario, se ratifica que será el recurso objetivo o por exceso de poder el mecanismo de impugnación idóneo ante un acto normativo de carácter administrativo, como ha sido definido este tipo de pronunciamiento.

b) Acción de protección

Con fundamento en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la justicia constitucional comprende también a los juzgados de primer nivel, los que asumen la competencia para conocer y resolver en primera instancia, la acción de protección. En este sentido, la decisión del juez ordinario

resulta ser tan legítima como la decisión que podría adoptar la Corte Constitucional, ya que ambos tienen competencia para tratar cuestiones de constitucionalidad, con la finalidad de equilibrar e integrar las discrepancias que pudieren existir entre los fines perseguidos por la justicia constitucional y la justicia aplicable al caso concreto.

Según lo determinado en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección busca la tutela eficaz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, o en los tratados internacionales de derechos humanos, que han sido vulnerados, o cuyo goce o ejercicio haya sido obstaculizado a raíz de los actos emanados de la autoridad pública no judicial, o particulares, a través de un procedimiento expedito y directo, que le permita cumplir con su propósito de reparación. Las condiciones que deben mediar para plantear una acción de protección son las siguientes: i) violación de un derecho constitucional; ii) acción u omisión de autoridad pública o de un particular; o, iii) inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Con relación al numeral 2 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referente a la procedibilidad de la acción de protección, fundamentada en la acción u omisión de la autoridad pública, siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado para proteger el derecho violado, resulta necesario hacer referencia al carácter subsidiario de la acción de protección, que a criterio de la Corte Constitucional es conceptualizado de la siguiente manera: “[...] la subsidiariedad de la acción de protección surge ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria, el legislador ha considerado a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho”.¹¹¹

Lo expuesto, lleva a la conclusión que, la acción de protección debe ser un mecanismo de tutela de derechos circunscrito al ámbito estrictamente constitucional, ya que si de la misma acción se desprende que la afectación únicamente se remite al ámbito legal, entonces toda vulneración de derechos ameritaría su activación, lo que traería como consecuencia su desnaturalización, ya que en la práctica se constituiría como un mecanismo de protección ordinario que, aunque no debe ser considerado como residual, si debe ser aplicado de manera subsidiaria, con la finalidad de evitar la distracción del

¹¹¹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP, de 22 de marzo de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 767, Segundo Suplemento, de 2 de junio de 2016.

control de actos administrativos por vía constitucional, cuando en realidad se trata de temas de legalidad,¹¹² lo que resulta concordante con lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En el caso específico de la impugnación de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, en caso de que exista una presunta violación de derechos subjetivos, estos deberán ser tutelados a través de la acción subjetiva o de plena jurisdicción; por otro lado, si lo que busca el accionante es el cumplimiento de la norma jurídica objetiva que ha sido violada a través de un acto normativo, como lo es el criterio jurídico contenido en el pronunciamiento, lo que cabe es plantear una acción objetiva o de anulación por exceso de poder, con la finalidad de lograr la declaratoria de nulidad; y, bajo el supuesto que a través de la emisión del pronunciamiento se haya incurrido en la violación de un derecho constitucional, la persona directamente lesionada podría plantear una acción de inconstitucionalidad de acto normativo no parlamentario, con la finalidad de obtener la derogatoria y su consecuente expulsión definitiva del ordenamiento jurídico, con efectos de cosa juzgada.

En consecuencia, al existir mecanismos jurisdiccionales específicos e idóneos, previstos para la impugnación de actos normativos tanto ante la justicia contencioso-administrativa, como lo es el recurso objetivo o por exceso de poder, cuando la pretensión es la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo; así como también en sede constitucional, a través de la acción de inconstitucionalidad por acto normativo no parlamentario, cuando el objetivo es expulsar del ordenamiento jurídico un acto normativo inconstitucional, resulta evidente que la acción de protección no constituye un mecanismo idóneo de impugnación en contra de un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, por lo que solo y únicamente de manera subsidiaria, será el juez que conozca de la acción de protección, el primer llamado a realizar un análisis técnico y jurídico con base en los hechos y haciendo uso de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, quien determine la real vulneración de derechos constitucionales por parte de la autoridad pública.

¹¹² Diego Coca Ch., “La Acción de Protección como distractor del proceso contencioso administrativo. Un acercamiento teórico” en *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo*, Coordinadores Eddy de la Guerra y Jaime Villacreses Valle (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 317.

Conclusiones

- En Ecuador, la absolución de consultas con carácter vinculante realizada por el Procurador General del Estado constituye el fundamento de la competencia consultiva, cuya naturaleza es esencialmente preventiva dentro del ciclo de defensa jurídica del Estado, con el objetivo de evitar litigios derivados de la falta o indebida aplicación de normas jurídicas adecuadas por parte de la administración pública. Por lo tanto, como toda actividad humana resulta inevitable que el cien por ciento de actuaciones administrativas estén desprovistas de errores en lo que respecta a la aplicación de las normas jurídicas, por lo que es primordial que el Estado priorice la inversión en capacitación técnica y especializada de manera permanente y continua a favor de los funcionarios y servidores públicos, quienes tienen en sus manos la responsabilidad de materializar la voluntad administrativa a través de sus decisiones; y, de manera específica, para quienes ostentan competencias en materia de asesoría jurídica y patrocinio.
- A diferencia del resto de entidades que conforman la administración pública y que han sido investidas de competencia consultiva, los criterios jurídicos emitidos por el Procurador General del Estado debido a su carácter vinculante generan un precedente de actuación de amplio alcance, lo que repercute en la necesidad no solo del administrado en defensa de sus intereses particulares, sino también, el imperativo de defensa del interés público y la seguridad jurídica por parte de la administración pública y la sociedad en general, por lo que en algunas ocasiones no resulta suficiente impugnar el acto administrativo que materializa el criterio del Procurador General del Estado, si no que resulta necesario poder impugnar de manera directa el pronunciamiento en si mismo, para evitar el desequilibrio y la inseguridad jurídica que acarrearía la vigencia de un acto normativo de carácter administrativo cuyo cumplimiento es obligatorio, pese a ser contrario al ordenamiento jurídico.
- La adecuada difusión de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, permite que estos criterios sean asimilados por su principal destinatario que es la administración pública en general, a través de la adopción

de resoluciones administrativas coherentes y armónicas con el ordenamiento jurídico respecto del cual estos pronunciamientos constituyen una interpretación oficial de las normas jurídicas sobre cuya inteiligibilidad existe falta de claridad, con lo cual se evitaría que la absolucón de consultas sea utilizada como un mecanismo tendiente a la elusión de responsabilidad de la entidad en la adopción de la resolución administrativa.

- Con ocasión de la preparación del proyecto de reforma a Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en el apartado reservado al desarrollo de la función consultiva a través de la determinación del procedimiento para absolucón de consultas con relación a la aplicación de normas jurídicas, es oportuno que se aporte claridad y un criterio unívoco a partir de la determinación de la naturaleza jurídica atribuida a los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado, así como aquellos mecanismos de impugnación idóneos que garanticen una tutela judicial efectiva y a su vez, generen seguridad jurídica entre los administrados y la misma administración pública frente a un pronunciamiento que pudiere resultar contrario al ordenamiento jurídico.
- Otra de las reformas que resultaría conveniente considerar a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se refiere al aumento del término legal previsto para plantear una solicitud de reconsideración, únicamente a favor de las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales, quienes conforme lo establecido en el artículo 13 de la referida Ley Orgánica están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento dictado por el Procurador General, cuando este fuere adverso a sus intereses; sin embargo, de no ser el destinatario directo del pronunciamiento en calidad de entidad consultante, el resto de entidades de la administración pública dependen de su publicación a través de los mecanismos oficiales y las herramientas informáticas para conocer el contenido y su potencial lesividad, por lo que para fines prácticos el aumento del término a 30 días permitiría que la administración pública pueda cumplir con su obligación de solicitar la reconsideración de manera oportuna y efectiva.
- La idoneidad de un mecanismo de impugnación jurisdiccional se fundamenta en dos factores esenciales, el primero se basa en la determinación de la naturaleza jurídica de la actuación que se pretende impugnar y el segundo, en el interés jurídico que reviste la pretensión del legitimado activo. Al respecto, aunque la

naturaleza jurídica atribuida al pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado ha sido ampliamente discutida, el aporte que la Corte Constitucional ha realizado a través de sus sentencias ha sido esencial para establecer una línea jurisprudencial unívoca y sólida que, al día de hoy nos permite asegurar que se trata de un acto normativo de carácter administrativo, cuyos efectos jurídicos son generales, directos y crean derecho objetivo, ya que condicionan la adopción de la decisión por parte de la entidad consultante, sin que ello implique la emisión de la resolución administrativa, e incide de manera determinante al generar un parámetro de actuación para el resto de la administración pública sobre la forma de aplicación de normas jurídicas infra-constitucionales a casos concretos.

- Por lo tanto, si la pretensión del accionante consiste en atacar de manera directa un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, al tratarse de un acto normativo de carácter administrativo que carece de efectos individuales y directos, la acción de anulación objetiva o por exceso de poder, definitivamente es el recurso contencioso-administrativo idóneo para tal fin, ya que su objetivo es garantizar la defensa del interés público a través de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo que adolece de un vicio legal y que por ello, pone en riesgo la seguridad jurídica del ordenamiento, en razón de lo cual la nulidad declarada en sentencia tiene un efecto erga omnes que permitirá reestablecer el equilibrio y el orden, con prescindencia de los derechos subjetivos que pudieron haber sido lesionados con su aplicación por parte de la administración pública.
- La acción subjetiva o de plena jurisdicción, no constituye un mecanismo de impugnación directo, así como tampoco idóneo en contra de un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, porque si lo que se pretende es la defensa del legítimo interés particular vulnerado por un hecho o acto de la administración pública, es necesario que previamente la entidad consultante haya materializado su voluntad administrativa aplicando el acto normativo contenido en el pronunciamiento, a través de un hecho o acto administrativo que genere efectos jurídicos directos, lo contrario implicaría pretender que la sola expedición de un acto normativo derive en la lesión del derecho subjetivo del accionante.
- De los mecanismos de impugnación constitucional previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de

inconstitucionalidad de acto normativo no parlamentario constituye el mecanismo idóneo de impugnación constitucional, ya que puede ser planteado en contra de un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, catalogado por la misma justicia constitucional como un acto normativo de carácter administrativo que en caso de ser específicamente contrario a una norma de rango constitucional, su cometido principal consiste en lograr la declaratoria de inconstitucionalidad del pronunciamiento y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, con la finalidad de restituir el equilibrio y la armonía del mismo.

- Es importante que los operadores de justicia y los profesionales del derecho concienticen que si bien la acción de protección constituye un mecanismo que viabiliza la ágil obtención de una sentencia ante la eventual vulneración de derechos constitucionales cometida por cualquier autoridad pública no judicial, debe evitarse su uso indiscriminado al tratar de enmarcar el acto dentro de una supuesta vulneración de derechos constitucionales, cuando en realidad se trata de una violación de carácter legal, ya que la naturaleza jurídica de la acción de protección es subsidiaria y bajo ninguna circunstancia está orientada a sustituir los mecanismos de impugnación adecuados y previstos ante la jurisdicción contencioso-administrativa y la justicia constitucional respectivamente, que permiten lograr una tutela judicial efectiva y directa ante los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado.

Bibliografía

- Aguinaga Aillón, Rocío. “La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010. <http://hdl.handle.net/10644/1121>.
- Benalcázar, Guerrón Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Andrade&Asociados, Fondo Editorial, 2017.
- Bernal, Pulido Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Betancur, Jaramillo Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. 4a. Edición. Bogotá: Señal Editora, 1994.
- Bielsa, Rafael. *Ciencia de la Administración*. 2da. Edición actualizada. Buenos Aires: Depalma, 1955.
- . *Sobre lo contencioso administrativo*. Santa Fe: Editorial Castellví S.A., 1964.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- Blanquer, David. *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Bustamante, Noé. *Locuciones Latinas en Materia Jurídica*. Bloomington: Palibrio, 2012.
- Cassagne, Ezequiel. “La Función Consultiva jurídica en la Administración Argentina”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 3 (2012): 30, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967999><https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967999>, 30.
- Cervantes, Dante A. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas, 2008.
- Chiriboga Freire, Cynthia. “El Paradigma del Derecho Blando Administrativo: Un análisis del Dictamen del Procurador General del Estado”. Tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2019. <https://repositorio.usfq.edu.ec>.
- Coca, Ch. Diego. *Análisis y actualidad del derecho administrativo: La Acción de Protección como distractor del proceso contencioso administrativo. Un acercamiento teórico*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- Comadira, Julio Rodolfo, Héctor Jorge Escola y Julio pablo Comadira. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2013.

- Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición. “Sentencia No. 002-09-SAN-CC”, *Caso No. 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009.
- . “Sentencia No. 003-12-SIA-CC”, *Caso No. 0007-10-IA*, 21 de junio de 2012.
- . “Sentencia No. 049-16-SIS-CC”, *Caso No. 0107-11-IS*, 10 de agosto de 2015.
- . “Sentencia No. 45-17-AN”, *Caso No. 45-17-AN*, 18 de agosto de 2021.
- . “Sentencia No. 001-16-PJO-CC”, *Caso No. 0530-10-JP*, de 22 de marzo de 2016.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Gaceta Judicial*, Año XCVI, Serie XVI, No. 5, 10 de enero de 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, de 6 de mayo de 2008.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Fundación UADE. Buenos Aires: 2015.
- Durán, Elena. *Los Recursos Contencioso Administrativos en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.
- Echandía, Devis. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.
- Ecuador, *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.
- Ecuador, *Ley para la Transformación Económica del Ecuador*, publicada en el Registro Oficial No. S-34 de 13 de marzo de 2000.
- Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Ecuador, *Procedimiento para atención de consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado*, Resolución No. 24, Registro Oficial No. 532, 17 de julio de 2019.
- Espinosa, Fuentes Raúl. “El Consejo de Estado de Francia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 4 (1965), <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i4.31598>.
- Francia, Constitución de la República Francesa del 22, Frimaire del año VIII, artículo 75.

- García Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1988.
- García de Enterría, Eduardo. “Aspectos de la Administración Consultiva”, *Revista de Administración Pública*, n.º 24 (1957).
- García-Trevijano Garnica, Ernesto. “La Función Consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133 (1994).
- García-Trevijano Fos, José Antonio. *Los Actos Administrativos*. Madrid: Civitas, 1986.
- Gordillo, Agustín. *Notas de Agustín Gordillo*. 1era. Edición Argentina. Buenos Aires: Civitas Ediciones S. L., La Ley S.A.E., 2006.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: F.D.A., 2004.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. 1era. Edición Argentina. Buenos Aires: F.D.A., 2014.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *La Interpretación Constitucional*. Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional, 2002.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Edición Primera, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Morineau, Marta. “Bases Históricas de la Familia Romano Canónica”. En Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, coordinadora Nuria González Martín, México: UNAM, 2006), 58 - 62. México: UNAM, 2006. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/24823>.
- Oyarte, Martínez Rafael. “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 6 (2006).
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pozo Chamorro, Jaime. “El Control Constitucional de los Actos Administrativos con Efectos Generales, en el marco de la Constitución de la República y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2013. <http://hdl.handle.net/10644/3781>.

- Rivera Santiváñez, José Antonio. *Los Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Interno*. Estudios Constitucionales. Volumen 4, número 2. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006.
- Sacaquirin Moscoso, Raquel. “Los actos de la administración pública y el rol de la Procuraduría General del Estado”. Tesis pregrado, Universidad de Cuenca, 2015. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21868/1/tesis.pdf>.
- Salazar Mejía, Álvaro. “Manual de Defensa Jurídica del Estado”, Primera Edición, Ecuador, noviembre 2021, <http://www.pge.gob.ec>.
- Schoettl, Jean-Éric. *La labor consultiva del Consejo de Estado Francés*. <https://www.conseil-etat.fr>
- Secaira, Durango Patricio. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.
- . *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- . “Hacia un Consejo de Estado en Ecuador”. Tesis maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”, Ambato, Ecuador, 2017. <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/6455>.
- Triguero Ortiz, Orlando. “Diferentes Modelos de la Función Consultiva y Jurisdiccional de la Institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º No. 15, Segunda Edición (2016), <https://doi.org/10.17561/rej.v0i15.3152>., 3.
- Trillo-Figueroa, María José, “La función consultiva hoy: Su sentido y alcance”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º No. 18 (2008): 131 - 132, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2736336m>.
- Von Mayr, Robert. *Historia del Derecho Romano*. Segunda Edición. Volumen I. Barcelona: Labor, 1930.
- Zavala, Egas Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A., 2011.