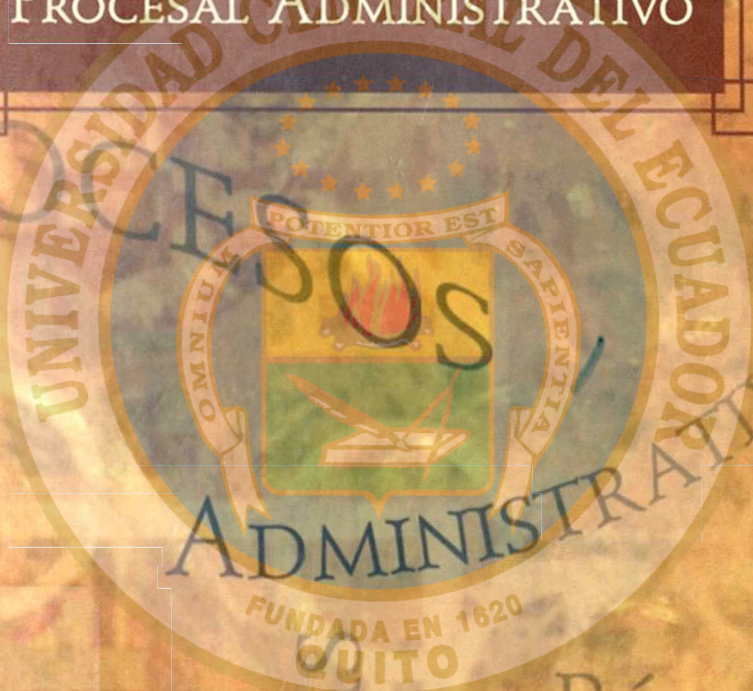


Marco Morales Tobar

MANUAL DE DERECHO
PROCESAL ADMINISTRATIVO



PÚBLICA

 **cep**
CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

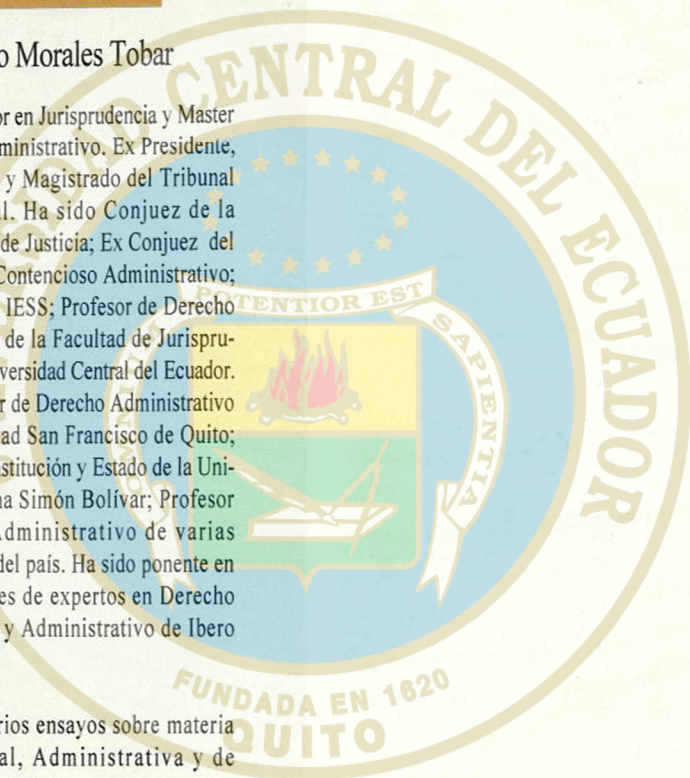


Marco Morales Tobar

Abogado, Doctor en Jurisprudencia y Master en Derecho Administrativo. Ex Presidente, Vicepresidente y Magistrado del Tribunal Constitucional. Ha sido Conjuez de la Corte Suprema de Justicia; Ex Conjuez del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; Ex Director del IESS; Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Ha sido profesor de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito; Profesor de Constitución y Estado de la Universidad Andina Simón Bolívar; Profesor de Derecho Administrativo de varias Universidades del país. Ha sido ponente en varias reuniones de expertos en Derecho Constitucional y Administrativo de Ibero América.

Es autor de varios ensayos sobre materia Constitucional, Administrativa y de Seguridad Social:

- La Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito 2002.
- La Acción de Amparo y su Procedimiento en el Ecuador, Santiago de Chile 2003.
- Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales, Santiago de Chile 2003.
- El Control de la Administración y la Justicia Constitucional, Quito 2005.



BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

PB

04

06

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIR-UCE
SU VENTA ES PENALIZADA POR LA LEY

2
328

IO: 2591

36

MARCO MORALES TOBAR

UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES



5136561



**MANUAL DE DERECHO
PROCESAL
ADMINISTRATIVO**

C 87073

Quito, 2011

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

**MANUAL DE DERECHO
PROCESAL ADMINISTRATIVO**

Marco Morales Tobar

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No. 0434833 16-dic-2010

ISBN No. 978-9978-86-957-4 30-nov-2010

Depósito legal 004546 16-dic-2010

Tiraje 500

Edición Primera

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

EL AUTOR

Abogado y Doctor en Jurisprudencia. Ex Presidente, Vicepresidente del Tribunal Constitucional y Ex Magistrado del Tribunal Constitucional; Ha sido Conjuez de la Corte Suprema de Justicia; Ex Conjuez del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; Ex Asesor del Congreso Nacional; Ex Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS; Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos Sociales de Latinoamérica; Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Ha sido profesor, de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito; Profesor de Derecho Constitucional en cursos de postgrado, Universidad Central del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, San Francisco de Quito y Técnica de Ambato; Ex Instructor General de la Universidad Central; ha sido ponente en varias reuniones de expertos en Derecho Constitucional y Administrativo de Ibero América.

Es autor de varios ensayos sobre materia constitucional, administrativa y de seguridad social entre los más destacados los siguientes:

La Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito 2002.

La Acción de Amparo y su Procedimiento en el Ecuador. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Santiago de Chile. 2003

Derechos Humanos Constitución y Tratados Internacionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Santiago de Chile. 2003

El Control de La Administración y La Justicia Constitucional
Corporación. Editora Nacional, Quito 2005.



PROLOGO

De Marco Marco Tobo, docente profesional del Derecho, de amplia trayectoria académica en el docente desempeño de sus puestos docentes públicos, incluyendo la Magisteral, el ejercicio profesional ejercido y responsable, y la carrera universitaria en la Universidad Central del Ecuador, en su función como profesor de la asignatura de Historia del Derecho.



A:

*Wilma, compañera fiel en mis desvelos,
Marco, Pablo y Lorena eternos motivadores
de mis propósitos académicos.*

La Obra se ha estructurado en dos volúmenes en tres grandes partes. La primera (I) sobre la Accusación Administrativa, una breve exposición de la segunda (II) sobre las Formas de la Accusación Administrativa.

El Consejo de la Magistratura y la Justicia Constitucional
Cuenca, 2008



El Consejo de la Magistratura y la Justicia Constitucional
Cuenca, 2008

PRÓLOGO

De Marco Morales Tobar, destacado profesional del Derecho, de límpida trayectoria enriquecida en el eficiente desempeño de importantes funciones públicas, incluyendo la Magistratura, el ejercicio profesional acertado y responsable, y la cátedra universitaria en la Universidad Central del Ecuador, enraizada en su formación jurídica, dictada con abnegación y brillantez, he recibido el honroso encargo de presentar esta obra que titula "Derecho Procesal Administrativo". Lo hago con mucha satisfacción y convencido del gran valor científico-jurídico que encierra, en el difícil, amplio y apasionante campo del Derecho Administrativo, esencia del Derecho Público, que conjuga su desarrollo e identidad no discutida, con el mantenimiento de su vinculación con los Derechos Constitucional, Procesal y otros.

No es la vasta extensión la que me permite calificarla como una gran obra jurídica, sino su trascendental, actual y profundo contenido.

Su autor ha tenido la oportunidad, y porqué no decirlo, la suerte, que la ha aprovechado en forma eficiente, de desarrollar y profundizar en los temas que aborda, no sólo a través de una formación profesional básica que otorga una Universidad, sino también a través del permanente estudio que requiere el desempeño de altas funciones públicas, como la Magistratura y Presidencia del Tribunal Constitucional -que la Constitución vigente transforma en Corte Constitucional- aplicando y creando jurisprudencia, y, en especial, de la abnegada, diaria y permanente preparación y superación para el noble ejercicio de la docencia universitaria. Hoy se complementa con el lanzamiento de esta obra que ingresa al ámbito de la Doctrina Jurídica Administrativa, que tanto necesita nuestro país, al provenir de sus propios profesionales del Derecho.

La Obra la ha estructurado su autor en tres grandes partes. La primera (I) sobre la Actuación Administrativa, con nueve Lecciones. La segunda (II) sobre las Formas de la Acción Administrati-

va, con la Lección décima. Y la tercera (III) sobre las Garantías Jurídicas del administrado: el control de la actuación de la administración, con las Lecciones décima primera y décima segunda.

En su primera (I) parte: la Actuación Administrativa encontramos el estudio y desarrollo de: Lección 1: el Principio de Legalidad y régimen jurídico de las administraciones públicas. Lección 2: la personalidad jurídica de la administración pública. Lección 3: el procedimiento administrativo, clases, principios, disposiciones generales. Lección 4: el acto administrativo, sus elementos, sus clases. La resolución. Lección 5: la eficacia de los actos administrativos, el principio de autotutela declarativa, condiciones, la suspensión. Lección 6: la invalidez de los actos administrativos: nulidad y anulabilidad, la revisión, la revocación, la rectificación. Lección 7: cumplimiento y ejecución de los actos administrativos, la ejecución forzosa: el principio de autotutela ejecutiva, la coacción administrativa, las vías de hecho. Lección 8: La inactividad de la administración, el deber de resolver. El silencio administrativo, caducidad del procedimiento, la inactividad material, la inexecución de actos. Lección 9: La potestad sancionadora, principios generales del Derecho Administrativo sancionador. El debido proceso. Medidas sancionadoras administrativas.

En su segunda (II) parte: Las formas de la Acción Administrativa, a través de la Lección 10, se inserta el autor en el estudio de la autorización administrativa, en la prestación del servicio público, particular y concesionado. La actividad de fomento. La planificación administrativa.

La tercera (III) parte trata de las Garantías jurídicas del Administrado: el control de la actuación administrativa, y mediante el desarrollo de la Lección 11 estudia los recursos administrativos, la revisión, la tramitación de aquellos, los recursos de alzada, de reposición, el extraordinario de revisión. Las reclamaciones económico-administrativas previas al ejercicio de acciones civiles y laborales. En la Lección 12 aborda la trascendental temática que

comprende el derecho de los administrados para, agotados los procedimientos e impugnaciones administrativas en los que la administración actúa como “juez y parte”, extraer del ámbito administrativo la virtual controversia o disconformidad, para insertarlo en el ámbito judicial, ante un poder autónomo e independiente -así debe serlo-, a través del procedimiento Contencioso-Administrativo ante Tribunales especiales de la materia -que pasarán a ser “una simple Sala de la Corte Provincial”, como critica con razón el autor- dentro del cual el ciudadano administrado se enfrenta y discute con el poder del Estado, en búsqueda de la tutela judicial a sus derechos. Analiza la obra la legitimación en este procedimiento, los recursos subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo o de anulación, el desarrollo del proceso, el allanamiento, desistimiento y abandono, la sentencia y su ejecución, que debería ser inmediata y sin dilación alguna, pues ya se ha discutido lo suficiente, sobre todo luego de la posibilidad de impugnación que se analiza, a través del recurso de casación en los procesos de conocimiento.

Complementa la obra cuadros gráficos que sintetizan lo tratado en cada Lección.

- No menciona el autor, ni analiza -ciertamente ya no es Derecho Administrativo, sino Constitucional- la nueva Acción extraordinaria de Protección creada por la Constitución vigente, ante la Corte Constitucional, para impugnar fallos ejecutoriados de la función judicial que tenían la naturaleza de cosa juzgada, cuando se hubiesen violado en su tramitación normas que afecten al derecho constitucional del debido proceso, u otros derechos constitucionales, lo cual, evidentemente, alarga más y más los ya larguísimos tiempos que demoran los procedimientos judiciales, contradiciendo palmariamente al principio constitucional de celeridad procesal.

Podría intentar relieves la importancia especial de algunos temas tratados en la obra, como los efectos del silencio administrativo positivo, el derecho del ciudadano administrado a impugnar en la vía judicial y obligar a la Administración Pública-Estado a someterse a una jurisdicción especial que debe ser verdaderamente autónoma, y otros; pero prefiero no hacerlo, para que el lector no se detenga en sumergirse de inmediato en la lectura de la obra. Obviamente advertirá que los temas estudiados y tratados en la misma, tienen alta trascendencia y actualidad, tanto en el ámbito legislativo y su normatividad, enriquecidos con importantes e ilustrativos aspectos históricos, y consultas formuladas y absueltas por la Procuraduría General del Estado, como también en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, por lo cual le imprimen un sello indeleble de complementariedad y acierto.

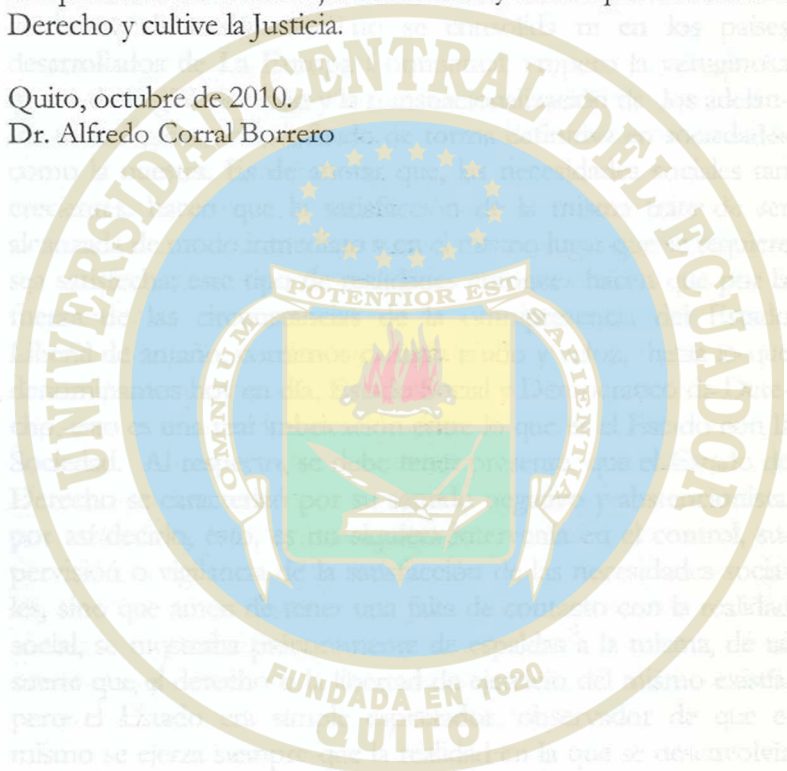
Es evidente que el vasto contenido de la obra, y su excelente desarrollo, revela en su autor profundos conocimientos, enriquecidos con acertadas y valiosas citas doctrinarias y jurisprudenciales, de manera que, sin duda alguna, constituye un tratado de Derecho Procesal Administrativo que no solamente alimenta la escasa bibliografía jurídica ecuatoriana en la materia, sino que constituye un gran aporte, generoso y sabio, a los cultores del derecho: estudiantes, profesores, jueces y magistrados, abogados, y, por ende, a los ciudadanos (absurdo e innecesario mencionar también en términos femeninos, como lo hace la Constitución y las nuevas leyes, por ser contrario al idioma castellano y al artículo 20 del Código Civil, de un siglo y medio de vigencia) que somos los sujetos principales de la administración pública, cuyos derechos jamás deben ser conculcados, ni despreciados por autoridad alguna administrativa o judicial, pues, además, los derechos de los seres humanos han sido y son anteriores y superiores a los del Estado.

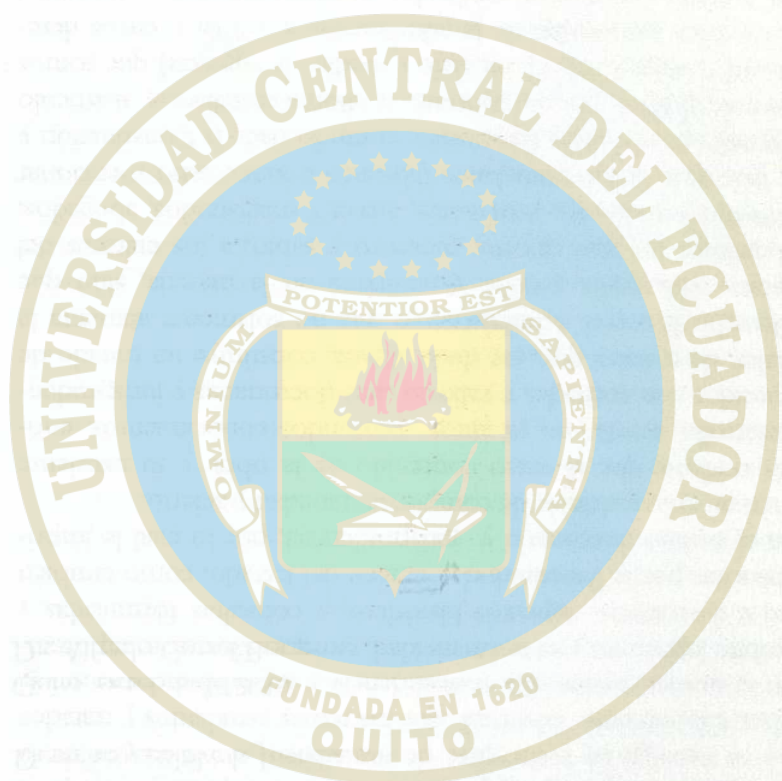
Al felicitar al notable jurista y maestro universitario Marco Morales Tobar por su obra intelectual con la que aporta en alto grado a la cultura jurídica, que tanto requiere de su profundización y difusión, es forzoso expresarle un sentido reconocimiento por su

magnífico y sacrificado esfuerzo de ayer y de hoy -que continuará mañana-, que no ha querido encerrarlo solamente en su recia personalidad jurídica, sino que generosamente ha decidido entregarlo a la sociedad, y, en especial, a las ciencias jurídicas, y, por ende, a quienes trajinamos desde siempre en su camino, en búsqueda de un mundo jurídico recto y sabio que enaltezca al Derecho y cultive la Justicia.

Quito, octubre de 2010.

Dr. Alfredo Corral Borrero





INTRODUCCIÓN

El desarrollo de los Estados modernos se cualifica y cataloga por el adelanto de sus estructuras administrativas, tanto en el nivel de los servicios y prestaciones que brindan, cuanto por la calidad de las mismas. La estructura del Estado Social de Derecho, en su verdadera dimensión aún no se consolida ni en los países desarrollados de La Europa Continental; empero la vertiginosa marca de la globalización y la transnacionalización de los adelantos tecnológicos, han influido de forma definitiva en sociedades como la nuestra. Es de anotar que, las necesidades sociales tan crecientes, hacen que la satisfacción de la misma trate de ser alcanzada de modo inmediato y en el mismo lugar que se requiere sea satisfecha; este tipo de realidades entonces hacen que por la fuerza de las circunstancias de la omnipresencia del Estado Liberal de antaño, corramos camino rauda y veloz, hacia lo que denominamos hoy en día, Estado Social y Democrático de Derecho, esto es una real imbricación entre lo que es el Estado con la Sociedad. Al respecto, se debe tener presente, que el Estado de Derecho se caracterizó por su sentido negativo y abstencionista, por así decirlo, esto, es no siquiera intervenía en el control, supervisión o vigilancia de la satisfacción de las necesidades sociales, sino que amen de tener una falta de contacto con la realidad social, se mostraba prácticamente de espaldas a la misma, de tal suerte que el derecho o la libertad de ejercicio del mismo existía, pero el Estado era simple espectador, observador de que el mismo se ejerza siempre que la realidad en la que se desenvolvía el administrado, pueda plasmarlo. Cabe en este punto además mencionar que el liberalismo es proclive en materia pública no sólo a negar su participación, sino a estar ausente del control, no de otra manera se explica la corriente del silencio negativo y de la ausencia de control a los actos de gobierno, políticos y discrecionales. El mundo actual, nos conmina a no dejar de lado la realidad social y afrontar con sabiduría e imaginación, dentro del marco dialéctico de la racionalidad, lo tocante al cumplimiento

del nuevo rol del Estado en su conjunto, como nuevo eje del desarrollo social, para que dentro de un marco de promoción y materialización de los derechos ciudadanos, alcancemos el logro de una sociedad que viva en democracia, dignidad, solidaridad y responsabilidad.

A lo largo de este libro, van a encontrar una exploración por todos los caminos que le habilitan al ciudadano, para hacer valer sus derechos, en la vía administrativa, tanto gubernativa como jurisdiccional, respecto de la actuación que emana de la función administrativa como expresión de poder, en tanto la misma no esté apegada al principio de legalidad, legitimidad o juridicidad. En este sentido nuestro estudio no sólo se detendrá en el análisis exclusivo de la parte procesal, sino que desentrañaremos el sistema de justicia administrativa en su más amplio contenido, concluyendo que consiste en el estudio sistemático, orgánico y procesal de todas las garantías que tiene el administrado para la correcta y justa aplicación de la juridicidad por la administración del Estado; de guisa que, este conjunto de principios y procedimientos que establecen garantías y recursos, se convierten en las potestades que tienen los ciudadanos, para hacer valer sus derechos.

En este orden de cosas, a través del desarrollo de casos prácticos la actuación de la administración pública en el Estado, se analizan los esenciales principios jurídicos en la que la misma se desenvuelve, su procedimiento; y en mi visión de estudio práctico realizaremos una cabal disección en el campo normativo, pretoriano y doctrinal del acto administrativo y sus efectos.

Luego paso revista de las formas de la acción administrativa y con la misma metodología refiero las actividades de policía, las prestacionales, las de fomento, las económicas y la de planificación.

Al concluir nuestro estudio, estaremos al tanto de las garantías de los administrados y el control de la actuación de la administración en su propia sede y en sede jurisdiccional.

Como no escapará a su racional entendimiento, un texto académico está siempre en un proceso de permanente formación y elaboración, por tanto no es algo acabado ni que ha agotado su explicación, sino que quiere contribuir con este pequeño aporte, a que estudiantes, profesionales y jueces, cuenten con una herramienta que pueda facilitar de alguna manera su diaria tarea.

Para concluir, quiero dejar expreso reconocimiento y agradecimiento a Sebastián Espinosa Velasco, por su invaluable ayuda en la recopilación de material bibliográfico y a mi distinguido alumno Efraín Noguera, por ayudar en la elaboración de los cuadros de mapas conceptuales de esta obra.

Lección 2

La personalidad jurídica de la Administración Pública
Mapa Conceptual

Lección 3

El procedimiento administrativo

El procedimiento sancionatorio

Mapa conceptual

Clases de procedimientos

Principios generales del procedimiento administrativo

Principio de legalidad



ÍNDICE

El Autor

Dedicatoria

Prólogo

Introducción

I. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Lección 1

Principio de legalidad y régimen jurídico de las administraciones públicas	1
El binomio Administración Pública – Juridicidad	9
Las potestades de la Administración: formas de atribución y clases	11
Reglamentos autónomos-Reglamentos delegados	12
Potestades regladas y potestades discrecionales	34
El control de la discrecionalidad. Los conceptos jurídicos indeterminados	38
Actividad formal y actividad material de la Administración. La normativa básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común	49
Mapas Conceptuales	61

Lección 2

La personalidad jurídica de la Administración Pública	65
Mapas Conceptuales	81

Lección 3

El procedimiento administrativo	86
El procedimiento como garantía	90
Marco normativo	93
Clases de procedimientos	97
Principios generales del procedimiento administrativo	98
a) Principio de legalidad objetiva	100

b) Principio de contradicción	102
c) Principio de oficialidad	103
d) Principio de igualdad	105
e) Principio de informalismo a favor del administrado	106
f) Principio de economía procesal	107
g) Principio de Publicidad	108
h) Principio de debido proceso	112
Mapas Conceptuales	177
Lección 4	119
El acto administrativo	119
a) Declaración de voluntad de autoridad competente	122
b) Asuntos de la Administración Pública	124
c) Efectos jurídicos de orden particular	126
La cuestión de los actos Políticos o de Gobierno	127
Elementos del Acto Administrativo	129
Elementos esenciales del acto administrativo	133
El silencio administrativo	135
De la causa del Acto Administrativo	148
Del fin del Acto Administrativo	151
Motivación	152
Cómo motivar los actos administrativos	155
Clases de actos administrativos	178
Mapas Conceptuales	183
Lección 5	191
La eficacia de los actos administrativos y el principio de la autotutela declarativa	191
Condiciones de la eficacia, en especial, la notificación y publicación de los actos administrativos	194
De la notificación	194
De la publicación	211
La suspensión de la eficacia	212
Mapas Conceptuales	217

Lección 6	219
La invalidez de los actos administrativos	219
La Nulidad Absoluta	226
La anulabilidad de los actos administrativos	234
La revisión de los actos administrativos por la propia Administración	236
La revocación	239
La rectificación de errores	240
Mapas Conceptuales	243
Lección 7	249
La ejecución forzosa de los actos administrativos: el principio de autotutela ejecutiva	149
Los medios de ejecución forzosa	263
Principios generales sobre la utilización de los medios de ejecución forzosa. La coacción administrativa directa. La vía de hecho	271
La coacción Administrativa directa	275
La vía de hecho	281
Mapas Conceptuales	283
Lección 8	287
La inactividad de la Administración. Concepto y clases	287
La inactividad formal de la Administración: el deber de resolver	293
El silencio administrativo	297
La perención o caducidad del procedimiento	314
La inactividad material; en particular, la inexecución de actos	316
Mapas Conceptuales	319
Lección 9	321
La potestad sancionadora concepto y significado	321
Principios generales del Derecho Administrativo sancionador, en particular el principio de legalidad	330

El procedimiento sancionador y sus garantías. El debido proceso	340
Medidas sancionatorias administrativas	354
Mapas Conceptuales	367

II. LAS FORMAS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Lección 10

Estudio especial de la autorización administrativa	371
La actividad de prestación administrativa: el servicio público	371
Naturaleza jurídica y elementos	380
Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana	385
Formas de gestión de los servicios públicos; en particular, la concesión de servicio público	389
La actividad de fomento: estudio de las principales técnicas	393
La gestión industrial o económica de la Administración: presupuestos constitucionales y organización administrativa	401
La planificación administrativa: naturaleza y efectos	417
Mapas Conceptuales	417

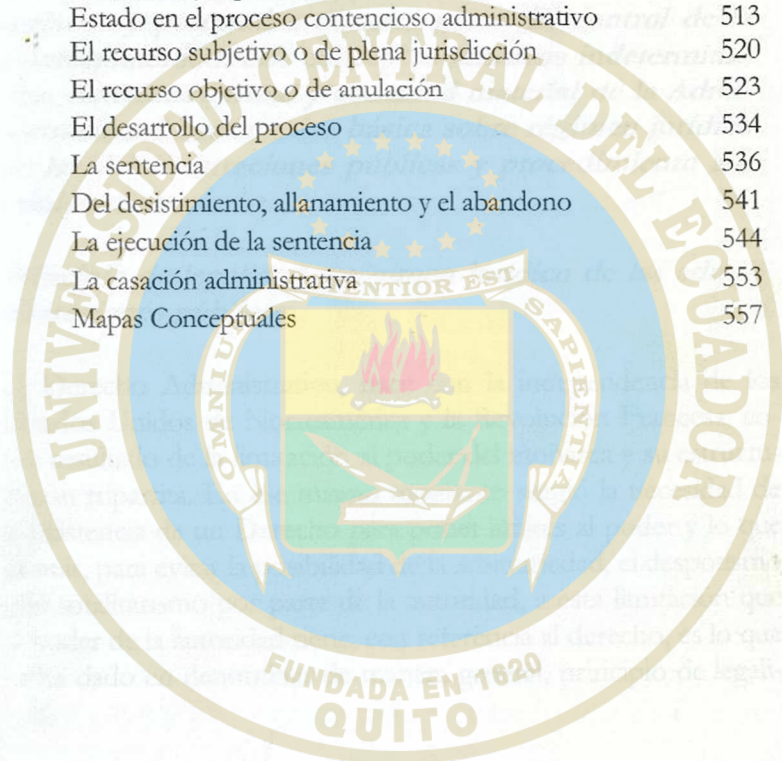
III. GARANTÍAS JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO: EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Lección 11

La revisión de la actuación administrativa en vía de recurso: principios generales	441
El recurso de reposición	441
El Recurso de Alzada	446
El Recurso de Revisión	453
Las reclamaciones económico-administrativas	457
Mapas Conceptuales	460

Lección 12

Nociones Generales	473
Los Principios	485
La legitimación en el proceso contencioso administrativo	495
La citación y representación del Procurador General del Estado en el proceso contencioso administrativo	513
El recurso subjetivo o de plena jurisdicción	520
El recurso objetivo o de anulación	523
El desarrollo del proceso	534
La sentencia	536
Del desistimiento, allanamiento y el abandono	541
La ejecución de la sentencia	544
La casación administrativa	553
Mapas Conceptuales	557





I. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Lección 1: Principio de legalidad y régimen jurídico de las Administraciones Públicas. El binomio Administración Pública – Juridicidad.- Las potestades de la Administración: formas de atribución y clases. Potestades regladas y potestades discrecionales. El control de la discrecionalidad. Los conceptos jurídicos indeterminados. Actividad formal y actividad material de la Administración. La normativa básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

Principio de legalidad y régimen jurídico de las administraciones públicas.

El Derecho Administrativo, nace con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, como resultado de la limitación al poder del monarca y su estructuración tripartita. En ese mismo momento surgió la necesidad de la existencia de un Derecho para poner límites al poder y lo que es más, para evitar la posibilidad de la arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad, a esta limitación que el poder de la autoridad tiene, con referencia al derecho, es lo que se ha dado en denominar de manera general, principio de legalidad.

Pero realicemos con ustedes varias reflexiones, la primera es ¿El Estado estuvo sometido siempre al Derecho?; para contestar esta inquietud, lo que de manera inmediata debemos considerar es qué entendemos por Derecho, diría que es ese el punto esencial para tener una comprensión cabal del tema que estamos discerniendo. En el Estado Absolutista, es claro que el Derecho y su posibilidad creadora radican en el monarca, en el rey y que el poder que él tenía para la producción de la norma radica en él

mismo, esto bien se puede resumir en la célebre y famosa frase pronunciada por Luis XIV, rey de Francia, que expresó “El Estado soy yo” **L’Etat, c’est moi**, nos da la justa acepción del poder del rey en sí mismo o en la divinidad, debiendo recordar desde siempre todas las atrocidades que se cometieron en contra de los primarios derechos de los seres humanos en nombre de Dios. Si esto que acabamos de analizar entendemos por Derecho, entonces hemos de convenir que el poder es único, que el mismo radica en el monarca y que él tiene por tanto la potestad de producir o dictar normas jurídicas, ejecutar las mismas y hacer justicia. Se debe tener presente que los actos del rey no eran susceptibles de ser impugnados, sino bajo determinadas circunstancias.

En este contexto Jorge Vélaz García (1996), ilustra acertadamente la estructura del poder ostentado de manera absoluta por el monarca:

“El dogma del absolutismo real incide obviamente sobre la determinación y ejercicio de los poderes administrativos. En primer término, cabe destacar que la soberanía absoluta de monarca implica que el poder administrativo, como todos los poderes, pertenecen al rey, y sólo al rey. El rey es, por así decirlo, la fuente de donde emana el poder de Policía (asimilado en varios países de la Europa medieval a la administración); es la fuente de la justicia (*fons omnis iustitiae*) y, desde luego, las ordenanzas y demás disposiciones regias constituyen la legislación. (...) En resumen, la fuente de toda función pública, de todo poder administrativo, de toda competencia, emana de la voluntad del monarca”. (p. 7)

El ocaso del poderío de tal dinastía producido por la Revolución Francesa en el siglo XVII alumbró la institución del Derecho Administrativo, como el conjunto de normas que trataban de regular la actividad y la organización de la Administración Públi-

ca, regulado bajo el principio del liberalismo. Pero este liberalismo, se interpretó de dos formas distintas. Para unos, ser liberal significaba desconocer la Administración, es decir someterla a un Derecho igual al de cualquier particular, no haciendo excepciones para ella. Para otros, el liberalismo suponía por el contrario, crear un Derecho especial, es decir, un conjunto de normas directamente aplicables a la Administración con independencia de los administrados. He aquí los dos grandes sistemas jurídicos-administrativos que podemos distinguir: los sistemas anglosajones y los sistemas continentales; estos últimos se han denominado corrientemente sistemas de régimen administrativo. La palabra régimen administrativo viene a significar la existencia de un Derecho creado especialmente para la Administración Pública, es decir, el Derecho Administrativo. En los sistemas anglosajones, frente a la Administración Ejecutiva Continental, apareció la denominada Administración Judicial, puesto que la inexistencia de normas especiales para la Administración Pública implicaba que las controversias suscitadas entre ésta y los particulares, debían resolverse mediante la aplicación del Derecho Común (*sumisión total al derecho común de los actos de Estado, sin especial situación jurídica de éste: rule of law*). Así es como se desarrolla en los primeros años del siglo XIX, toda la dialéctica entre la doctrina representada por Dicey, y la continental, cuyo representante principal, sería Hauriou.

En el marco de esta controversia, sucintamente resume Garrido Falla (1972), los principales argumentos esgrimidos por Dicey para rechazar el régimen administrativo francés, los cuales se fundamentaban en su aparente contraposición a los principios jurídicos británicos apoyados en la supremacía absoluta del Derecho común (en oposición al reconocimiento de facultades discrecionales administrativas), la igual sumisión al Derecho ordinario del país y la afirmación de que el Derecho Constitucional inglés no es la fuente, sino la consecuencia de los derechos del individuo. No obstante, la inflexibilidad de dicha interpretación puede

justificarse por el incipiente desarrollo de la Administración Central inglesa de la época, que con posterioridad se vio fortalecida como consecuencia de la expedición de las leyes para Defensa del Reino de 1914 y 1915 y la ley de Emergencia de 1920, que confiaron amplios poderes al Gobierno, afianzándose una progresiva legislación delegada, sustentada en el crecimiento de la Administración, lo que igualmente fomentó la evolución del sistema inglés desde la perspectiva del modelo férreamente defendido por Dicey, originando un Derecho Administrativo particular (*Administrative Law*).

Por su parte los sistemas continentales de régimen administrativo alcanzaron su desarrollo y crecimiento doctrinario a partir de 1789 como consecuencia de la Revolución Francesa, empujada por la acelerada transformación de las sociedades y de la intensificación de las actividades entre los individuos y de las instituciones del Estado que precipitaron el nacimiento de un Derecho especial, autónomo e independiente del Derecho común, estatuyéndose una jurisdicción distinta y separada de los Tribunales ordinarios. La evolución doctrinaria del Derecho administrativo se le atribuye al Consejo de Estado francés, heredero directo del Gran Consejo Real de Monarquía, en cuyos inicios le correspondía asesorar en las cuestiones de administración pública y legislación, además de preparar los proyectos de sentencias contencioso-administrativas sometidas al emperador. Según Jorge Vélez García (1996), el momento en que el Consejo de Estado Francés se convierte en una verdadera jurisdicción, es decir, en un tribunal con competencia o autoridad legal propia, dirimente de las controversias administrativas, acaece el 24 de mayo de 1872 mediante la promulgación de la ley que lo restaura y le delega la justicia administrativa, luego de la caída del Segundo Imperio que lo suspendió temporalmente. El mismo autor (1996) señala que para muchos, es ese el momento en que se erige como tribunal supremo francés de lo contencioso administrativo y comienza su

notable elaboración pretoriana que da forma al Derecho Administrativo francés. (p. 14)

De lo anotado, claro que, a raíz del advenimiento del Estado Liberal de Derecho, esto es, a partir de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Revolución Francesa, se produce un doble fenómeno jurídico político, que como ya se señaló lleva a que el poder tenga la limitación en la Ley y el poder mismo ya no sea único sino tripartito, a los efectos de que con el pensamiento de Charles Louis de Montesquieu plasmado en su magistral obra “El Espíritu de las Leyes”, exista la separación de los mismos, erigiéndose en esta primera etapa el legislativo en el “poder” fundamental. De suerte que la Ley emana del legislativo, debiendo el Ejecutivo someterse a ella, cuestión que de modo posterior da como resultado el denominado principio de legalidad, irradiado dentro del desarrollo del constitucionalismo clásico, a la luz del cual, todo acto proveniente de la función pública se debe someter a la Ley. En este contexto, la Ley emana del Parlamento que, en principio y en virtud de la teoría de la soberanía nacional, era el soberano, razón por la cual, la Ley era la expresión de la voluntad soberana, tal como en la actualidad se mantiene en nuestro Código Civil. (La Justicia Constitucional en la Actualidad, Varios autores, p. 82, 2002)

Por tanto, todos los actos de la autoridad pública han de ajustarse a la Ley y sus actividades, por lo que, no pueden ir más allá de lo que en ella se dispone. Al respecto, nuestro texto constitucional en su artículo 226 *in limine*, recoge este principio, que además marca la diferencia de la actuación pública con la actuación privada, en el sentido de que la actividad de los ciudadanos de común, radica en que está permitido hacer todo lo que la norma no prohíbe, cuestión ésta que se encuentra consagrada en el artículo 66 número 29, letra (d) de la Norma Primera.

Constitución de la República del Ecuador:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Se debe anotar que la Constitución Política de la República del Ecuador, codificada en agosto de 1998, en su artículo 119 señalaba que:

“Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, (...)”.

Del mismo modo, la Norma Fundamental vigente establece:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

29. Los derechos de libertad también incluyen:

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Cabe recordar que el texto anterior, señalaba cuestión muy parecida y a la sazón decía:

Art. 24- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas

- los siguientes: 4. (...) Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Adicionalmente a lo dicho, hay que destacar que este principio ha sido recogido por nuestra jurisprudencia, tanto es así que el fallo, emanado de la Sala de Casación de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, hace referencia a dicho principio, situando al mismo en un nivel de jerarquía constitucional, a lo que nos referiremos más adelante:

“(...) cierto que el Consejo Superior del IESS es la máxima autoridad de este organismo autónomo, mas por ello de ninguna manera está autorizado para adoptar resoluciones al margen de lo que dispone la ley, a la cual, en ejercicio del principio de legalidad se halla sometido. En consecuencia, jamás puede adoptar decisiones válidas que vulneren los derechos establecidos por la Constitución y las leyes, y menos pretender absurdamente que tales decisiones modifiquen o reformen las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de vigencia obligatoria”. (Sentencia de Casación - Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia: 7- IV – 1999 (expediente No. 91-99, R. O. 236, 19 – VII – 99).

Es importante tener presente lo señalado anteriormente en tanto el acto no se ha emitido guardando conformidad con el texto legal y es por tanto susceptible de ser impugnado. Al respecto, resulta orientador el criterio consignado por Fernando Garrido Falla (2002) en la determinación de los alcances del principio de legalidad:

“El principio de legalidad postula la primacía jurídica de la Constitución y de la Ley en sentido material; es decir, la sumisión total de la acción administrativa a lo que se ha denominado el “bloque de legalidad”. Se insiste, por tanto,

en que esta institución no incluye sólo la Constitución y las leyes formales emanadas del órgano legislativo, sino también de aquellas disposiciones que, dictadas por el propio Poder ejecutivo, vinculan la Administración en su actuación concreta, en virtud del principio de la jerarquía de las normas". (p. 18).

En la actualidad, se debe mirar el principio de legalidad con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público y la función administrativa no sólo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, esto es, han de tener presente al derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, es decir la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que conforme el mandato del artículo 227 de la Carta Primera¹, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia. Pero además de aquello, la visión en la que deben fundar sus actuaciones será social, con lo que la libertad de sus realizaciones estará siempre restringida al ámbito de lo social. De otra parte, lo novedoso de la nueva carta radica en el hecho de que las actuaciones de los servidores públicos, siempre estarán sujetas a evaluación, cuestión que luce coherente con el sentido del nuevo orden jurídico, en tanto lo que se quiere lograr son niveles de la mayor calidad, eficiencia y excelencia.

De otra parte se debe considerar que entonces para que el agente público pueda actuar con agilidad, eficiencia y debida oportunidad, la norma ha de estar a la mano, esto es de modo previo a su

¹ *Constitución de la República del Ecuador.- Art. 227.-* La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

(texto anterior) *Art. 120.-* El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

actuación, puesto que de no tener herramientas de actuación, la administración puede tornarse inútil.

Por lo anotado, la Administración Pública en su funcionamiento encuentra unas limitaciones en el principio de juridicidad, lo que lleva a que todas sus actuaciones estén apegadas a derecho, a unos valores basados en el bien común; a este conjunto de situaciones jurídicas y políticas de la administración pública es a lo que denominamos régimen administrativo y las normas, principios jurídicos y jurisprudencia que regula dicho régimen, es lo que constituye el Derecho Administrativo, debiendo recalcar que dicho régimen difiere de acuerdo al sistema político y social en el que se desenvuelva.

El binomio Administración Pública – Juridicidad

Se ha revisado y reflexionado sobre el surgimiento del principio de legalidad, como un fenómeno jurídico político que, partiendo de la limitación del poder al derecho y de la separación o tripartición del poder, se somete a dichas limitaciones y que dichas limitaciones no conforman otra cosa que lo que denominamos como derecho. Así mismo ha quedado meridianamente claro, que según la realidad social y política en el que se desarrolle la actividad administrativa del Estado, ésta aún sometándose a derecho puede tener una materialización de orden liberal o de orden social. La modernidad y el desarrollo que los pueblos van teniendo por la fuerza de la evolución de su ser social, la necesidad de la solución inmediata a sus necesidades colectivas, como es la infraestructura, a la que debe agregarse por la fuerza de las circunstancias tecnológicas a la información y de otro lado todo aquello que hace relación a salud, alimentación y vivienda lo que da como efecto que en los actuales momentos el Estado ponga su mirada y todo su accionar en lo social. Si el Estado tiene una tendencia hacia lo social y materializa este predicamento con sometimiento a derecho, entonces hablamos del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, lo que sí se debe tener presente es que en ningún caso el Estado Social de Derecho, no preconiza la estatización de los medios de producción, ni se asemeja al *Welfare State*.

Con antecedente en lo antes expresado, debemos profundizar en este apartado, el análisis sobre la relación entre la Administración Pública y el Derecho. Nos ha quedado claro que de modo general el agente público debe actuar en base de lo previa y debidamente normado para que su actuación sea legítima; ahora bien, también se debe tener presente que el accionar de la Administración Pública en su conjunto está conformado por una serie de normas y reglas que determinan su desempeño, esto es, el conjunto de potestades, competencias o facultades que el órgano administrativo tiene para el cumplimiento de su función, lo que significa brindar servicios, prestaciones de modo inmediato, en forma directa o indirecta y dirigidas a la satisfacción de las necesidades públicas. De tal guisa que, si materialmente la Administración Pública está constituida por el Derecho, bien podemos decir que estos dos componentes son binomio inseparable, por lo que no es posible concebir la existencia del uno sin la necesaria presencia del otro.

La Administración Pública y su funcionamiento demandan de la presencia del Derecho en su conjunto, de tal suerte que la autoridad, agente público, servidor público que actúe en cualquiera de sus cometidos a nombre de la Administración Pública, siempre tendrá que basar sus actuaciones en Derecho, no puede por tanto esgrimir para el eficaz ejercicio de las potestades, competencias, facultades o imperio que la norma le atribuya al órgano del que forma parte, la falta o ausencia de norma, porque como veremos más adelante, aún en esos casos, tendrá una adecuada posibilidad de actuar conforme a Derecho.

Para concluir este apartado, debo dejar señalado que, aún el ejercicio de la discrecionalidad por parte del agente público, está so-

metido a los lineamientos del Derecho y al ordenamiento jurídico, por tanto como revisaremos de manera más amplia en el siguiente apartado, se debe considerar que este tipo de acciones no significa liberalidad de la autoridad y peor aún arbitrariedad, pues, la actuación de un buen administrador siempre estará sometida al principio de juridicidad.

Las potestades de la Administración: formas de atribución y clases

Nos corresponde en esta parte de nuestro estudio dilucidar el fenómeno de las potestades públicas, cuestión jurídico-política de amplio análisis y discusión; a mi criterio las potestades nacen del poder que atribuye el soberano a los distintos órganos de la administración del Estado, siendo que estas facultades constan en los textos constitucionales. La estructura misma del poder está concebida en la Carta Primera y de forma concreta en la organización que dicho texto confiere al Estado. En este orden de cosas, debe quedar muy claro que es el constituyente de modo directo o indirecto quien otorga el imperio al órgano público para el ejercicio del poder; además en este primer plano debe quedar dicho que estas potestades por la esencia de su origen son imprescriptibles, indelegables e inalienables, de tal suerte que el poder sólo está otorgado al órgano que la Constitución designa y no a otro.

De modo general los autores suelen señalar que, la potestad está atribuida por la ley; personalmente considero que dicho concepto más bien tiene un significado histórico en cuanto que con el advenimiento del Estado de Derecho, la Función Legislativa —en ese entonces denominado Poder Legislativo—, se erigió en el poder máximo y se pensaba que a través de las facultades que otorga la Ley se atribuía potestades. Ahora se estima que las competencias son las facultades que la Ley —norma de menor jerarquía— atribuye a los distintos órganos del poder público.

Ilustrativamente García de Enterría (2006), explica el mecanismo de atribución legal de potestades:

“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: 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. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración, no puede actuar simplemente”. (p. 449).

Ahora bien, una vez delimitada la esfera de la potestad y la competencia, bien vale la pena entrar a dilucidar si otras normas también atribuyen competencias a los órganos, en otras palabras si sólo la ley formal atribuye facultad de actuación a los órganos; en tal sentido, se debe considerar que no sólo la ley emanada en la forma que los textos constitucionales disponen, atribuyen competencias al órgano, sino que también las mismas surgen de cualquier norma jurídica que tenga fuerza material de Ley, así bien puede nacer una competencia del reglamento autónomo; o del reglamento delegado o bien de la ordenanza o de la norma estatutaria, los cuales definiremos brevemente:

REGLAMENTOS AUTÓNOMOS – REGLAMENTOS DELEGADOS

Reglamentos Autónomos: Roberto Dromi (2006) enseña que los reglamentos autónomos son aquellos que emanan en el ámbito del Poder Ejecutivo sin dependencia de ley alguna y regulan el servicio administrativo. Dichos reglamentos organizan la función

administrativa y por lo general no rigen ni regulan la actividad de los particulares ni terceros extraños a la Administración. (p. 448).

En este contexto, el jurista ecuatoriano Efraín Pérez, reseña:

“En Ecuador, la reforma y codificación constitucional de 1998, introdujo el ‘reglamento autónomo’, puesto que anteriormente el Presidente de la República estaba limitado a dictar reglamentos en el estricto sentido del término, es decir aquellos de ejecución de una ley. Así, el Presidente de la República, además de los reglamentos ‘para la aplicación de las leyes’ (ejecutivos), dicta ‘los (reglamentos) que convengan a la buena marcha de la administración’”².

De manera que, la norma constitucional que confiere al Presidente de la República la facultad de dictar reglamentos que convengan a la buena marcha de la administración implanta la figura del reglamento autónomo en nuestro ordenamiento jurídico que a criterio de García Trevijano (1968): “Son los más importantes de todos, puesto que gracias a ellos marcha la Administración Pública diariamente. Podríamos decir que mientras los Reglamentos ejecutivos se dictan en ‘ejecución’ de la Ley, los independientes se dictan para ‘aplicación’ de la Ley. Una Ley puede disponer de manera genérica que la Administración intervenga cuando lo tenga por conveniente en determinadas materias y luego es la

²El actual artículo 147 de la Ley Fundamental, trae textos más o menos similares que el anterior Código Político, que para la mejor apreciación del lector procedemos a transcribirlos: Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (las negritas nos corresponde).

Art. 171, 5. de la Constitución: Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (Lo destacado nos pertenece).

Ilustrativamente García de Enterría (2006), explica el mecanismo de atribución legal de potestades:

“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: 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. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración, no puede actuar simplemente”. (p. 449).

Ahora bien, una vez delimitada la esfera de la potestad y la competencia, bien vale la pena entrar a dilucidar si otras normas también atribuyen competencias a los órganos, en otras palabras si sólo la ley formal atribuye facultad de actuación a los órganos; en tal sentido, se debe considerar que no sólo la ley emanada en la forma que los textos constitucionales disponen, atribuyen competencias al órgano, sino que también las mismas surgen de cualquier norma jurídica que tenga fuerza material de Ley, así bien puede nacer una competencia del reglamento autónomo; o del reglamento delegado o bien de la ordenanza o de la norma estatutaria, los cuales definiremos brevemente:

REGLAMENTOS AUTÓNOMOS – REGLAMENTOS DELEGADOS

Reglamentos Autónomos: Roberto Dromi (2006) enseña que los reglamentos autónomos son aquellos que emanan en el ámbito del Poder Ejecutivo sin dependencia de ley alguna y regulan el servicio administrativo. Dichos reglamentos organizan la función

administrativa y por lo general no rigen ni regulan la actividad de los particulares ni terceros extraños a la Administración. (p. 448).

En este contexto, el jurista ecuatoriano Efraín Pérez, reseña:

“En Ecuador, la reforma y codificación constitucional de 1998, introdujo el ‘reglamento autónomo’, puesto que anteriormente el Presidente de la República estaba limitado a dictar reglamentos en el estricto sentido del término, es decir aquellos de ejecución de una ley. Así, el Presidente de la República, además de los reglamentos ‘para la aplicación de las leyes’ (ejecutivos), dicta ‘los (reglamentos) que convengan a la buena marcha de la administración’”².

De manera que, la norma constitucional que confiere al Presidente de la República la facultad de dictar reglamentos que convengan a la buena marcha de la administración implanta la figura del reglamento autónomo en nuestro ordenamiento jurídico que a criterio de García Trevijano (1968): “Son los más importantes de todos, puesto que gracias a ellos marcha la Administración Pública diariamente. Podríamos decir que mientras los Reglamentos ejecutivos se dictan en ‘ejecución’ de la Ley, los independientes se dictan para ‘aplicación’ de la Ley. Una Ley puede disponer de manera genérica que la Administración intervenga cuando lo tenga por conveniente en determinadas materias y luego es la

²El actual artículo 147 de la Ley Fundamental, trae textos más o menos similares que el anterior Código Político, que para la mejor apreciación del lector procedemos a transcribirlos: Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (las negritas nos corresponde).

Art. 171, 5. de la Constitución: Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (Lo destacado nos pertenece).

potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo la que concreta su actuación". (p. 292).

Dicha reflexión expresa la importancia de los reglamentos autónomos en la concreción del buen funcionamiento de la Administración en miras al cumplimiento de los fines de orden público, los cuales no por estar sujetos a ninguna ley formal, pueden contener normas que contravengan la Constitución y la Ley.

Estimo en este punto necesario señalar que, los reglamentos autónomos no requieren de ley anterior o previa para su existencia, sino que el constituyente ha señalado en varios casos, que el Ejecutivo puede dictar determinadas normas que en mi visión, tienen fuerza material de ley, puesto que están regulando materias que requerirían de ley formal, pero que, en razón de que el Ejecutivo no puede dictar formalmente sino reglamentos, estas materias son normadas mediante los denominados reglamentos autónomos que a mi parecer nacen en nuestro Derecho Positivo, a partir de lo prescrito en el artículo 147: *Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control. Cabe tener presente que el artículo 171, número 9 del anterior texto constitucional señalaba en su artículo 171: Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: 9) Dirigir la Administración Pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva".* (Las negritas me corresponden).

Es evidente, que el orden de potestad normativa ha variado y los efectos del texto constitucional vigente, traen consigo que a la luz de lo determinado en el artículo 133 número 1, se requiere de ley orgánica para la regulación y funcionamiento del Ejecutivo.

Lo señalado genera efectos jurídicos al momento de la aplicación del ERJAFE, puesto que dicha norma trae en sus contenidos procedimientos, que en la actualidad y conforme lo señala el artículo antes referido y lo señalado *in fine* del artículo 76 número 3 de la Carta Madre³, deja insubsistente la grave contradicción que existía entre la precitada disposición del 171 número 9 y el artículo 24 número 1, *in fine*, de la anterior Ley Fundamental. Así mismo, cabe destacar que la disposición del 171 anterior, le daba facultad al Ejecutivo de expedir normas, siendo que, el actual artículo 147 le circunscribe a la atribución de dictar decretos, lo que conlleva efectos jurídicos respecto de la fuerza normativa consagrada en el actual artículo 425 de la Carta Fundamental; cuestión que la revisaremos en páginas posteriores.

En mi criterio, son reglamentos autónomos todos aquellos que se dictan sin que necesariamente exista una ley formal que así lo disponga, es más, en el actual Código Político, de modo directo se está dando potestad reglamentaria no sólo al Ejecutivo, sino a otra serie de instituciones públicas, que por su propio carácter, naturaleza y especialidad requieren de tal imperio, basta con mirar los artículos: 212 número 2⁴; 219 número 6⁵; y no se diga toda la normativa referida a los nuevos gobiernos regionales y distritales.

³ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

⁴ Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

⁵ Art. 219.- El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:

6. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia.

Reglamentos Delegados: El jurista ecuatoriano Francisco Tinajero, en base a lo expresado por Fleiner, conceptúa a los reglamentos delegados como aquellos que dicta el Ejecutivo, “en virtud de una habilitación legal que le es conferida”. (p. 141); esto implica que es precisamente el legislador quién delega actividad normativa al Ejecutivo, sin embargo la doctrina ha ampliado los alcances de este concepto, pues la expedición de reglamentos delegados no constituye facultad exclusiva del Ejecutivo, sino que, corresponde a la ley establecer tanto el órgano investido de dicha delegación así como los términos en los cuales deba dictarse el reglamento, como se ha dado en el caso del Tribunal Constitucional ahora Corte Constitucional, con el artículo 11 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.

En esta línea de pensamiento Edgar Neira manifiesta que “la ley puede válidamente delegar a la potestad reglamentaria del Presidente de la República o de otros órganos administrativos, la regulación de determinados aspectos que la técnica recomienda apartarlos al texto legal por el carácter variable de la materia sujeta a regulación”. (p. 53).

Al respecto Manuel María Díez (1963) reconoce que en ciertos supuestos el legislador puede delegar determinadas materias a la reglamentación del Ejecutivo, “pero que aún en esta hipótesis, el Ejecutivo actúa en virtud de su propio poder. Habrá una delegación de materias y no una delegación de poderes”. (Tomo I, p. 235).

De modo que, debe quedar claro que la delegación debe circunscribirse exclusivamente a un caso y orden temporal concreto. (Dromi, 2004, p. 455).

Bien afirma Dromi, citado por Efraín Pérez (2008) que:

“La ley de habilitación debe ser citada expresamente en cada reglamento, determinando el contenido y la extensión

de las facultades con que habilita al Ejecutivo, para impedir las delegaciones globales o indeterminadas. En síntesis, el contenido del reglamento debe estar previsto en la ley de habilitación”. (Tomo I, p. 127).

En el terreno de este análisis, el jurista ecuatoriano Efraín Pérez (2008) instruye sobre los casos de delegación de facultades normativas en el ordenamiento ecuatoriano empezando por la delegación constitucional al Presidente de la atribución de fijar o modificar tarifas arancelarias de aduana (Art. 305 CRE), la determinación del número de ministerios, su denominación y materias de competencia (Art 147 CRE) en armonía con su facultad de regular la integración organización y regulación de la Función Ejecutiva. No obstante, para la comprensión de lo explicado en este punto, resulta mayormente ilustrativa la delegación prevista en los artículos 7, 40 y 42, b) de la Ley de Modernización del Estado, bajo cuyo mandato “el Ejecutivo tiene facultades exclusivas para dictar normas de carácter de legislación delegada relativas a la estructura, procedimientos y competencias de las instituciones públicas”. (p. 128).

(Constan las normas del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano y no las citadas originalmente por el autor).

El análisis de dichas normas conduce al propio Dr. Efraín Pérez (2008) a arribar a la siguiente conclusión:

“Estas potestades para ‘fijar y modificar tarifas arancelarias’ y para transferir competencias a las entidades del régimen seccional autónomo que se atribuyen al Ejecutivo no pueden ser otra cosa que una verdadera delegación legislativa, puesto que según la misma Constitución tanto la modificación de tributos cuanto la asignación de competencias son materias de ‘reserva legal’ (Arts. 301 y 226 de la Constitución). Este último artículo de la Constitución dice que los órganos públicos ‘no podrán ejercer otras

atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley', es decir que solamente por ley se podrán establecer o modificar competencias o, en su defecto, por norma delegada del Ejecutivo. (Tomo I, p. 129).

(Constan las normas del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano y no las citadas originalmente por el autor).

Lo dicho en los párrafos anteriores, en mi visión bien calza dentro de la concepción de lo que de manera mayoritaria la doctrina asume como reglamento autónomo, es decir, aquel que el órgano dicta sin necesidad de ley previa. Ahora bien, nótese además que en los señalados casos se le atribuye competencia al Ejecutivo como bien queda dicho, hasta para que norme, situaciones jurídicas que tienen reserva de ley.

Para nuestros afanes en este capítulo, queremos que esté claro que no solo por norma constitucional o por ley se atribuyen competencias, sino que además pueden existir reglamentos que en su momento hasta pueden versar sobre materias que le están reservadas de modo general a la ley; eso sí, se debe tener presente que es la Ley Primera de un Estado la que señala con claridad los alcances de cada norma.

Ordenanzas: El Dr. Andrés Ortiz Herbener en un análisis sobre la autonomía municipal, manifestó que "los municipios ecuatorianos gozan al día de hoy, vista la normativa constitucional y legal de una autonomía relativa o restringida, con capacidad legislativa plena para dictar Ordenanza o, lo que es lo mismo, leyes cantonales". (p. 164).

Hemos manifestado de siempre que auto nomikos, no implica otra cosa que no sea la potestad de darse normas a sí mismo o de autonormarse; el desarrollo de los pueblos ha hecho que los Estados vayan retomando la organización política originaria, y la

insuflen de especiales potestades y competencias, en orden a que se logre satisfacer de manera inmediata y directa las necesidades de la colectividad que habita dentro de su circunscripción territorial; como respuesta a ello las Cartas Constitucionales dotan a estos organismos de potestades de dictar sus propias normas, pero además es importante tener presente que dichas entidades tienen además el poder de darse sus propias autoridades, propender hacia fines que les son propios, esto es que no pueden ser cometidos asignados a otros órganos; además como quedó dicho antes, tienen aún potestad de orden tributario y posibilidad de elaborar, desarrollar y ejecutar sus propios presupuestos; cuestión que está claramente definida en el texto *in fine* del artículo 228 del Código Político. Desde luego que debe quedar claro que las entidades autónomas, aún las territoriales no son Repúblicas aparte, sino que se rigen por una estructura jurídica de orden general y unos propósitos que son comunes a la nación toda, por eso en el caso ecuatoriano, hablamos como en otros, de Estados unitarios con administración descentralizada.

Dice Zanobini, citado por Emilio Fernández Vázquez, en su diccionario de Diccionario de Derecho Público (p. 63, 1981) respecto de la autonomía, que es la:

“Facultad inherente a algunos entes públicos de organizarse jurídicamente, de darse derecho propio, el cual no solo es reconocido como tal por el Estado sino que, además, es adoptado por éste para integrar el propio sistema jurídico y declararlo obligatorio como sus propios reglamentos y leyes”.

Concordantemente, el tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Egas señala: “la palabra autonomía expresa la capacidad de darse normas a sí mismo. Ente autónomo es, pues, aquel que puede autorregular su funcionamiento”. (p. 157).

Es menester indicar que la referencia a la autonomía de los entes seccionales autónomos está estatuida en la norma fundamental, en la Ley de Descentralización del Estado y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En este contexto, nuestra norma suprema confiere facultades legislativas no sólo a los municipios, sino también los gobiernos seccionales, a la luz de las siguientes disposiciones:

Art. 240.- Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias.

En esto, me parece que el anterior Texto Constitucional, amén de guardar coherencia en la estructura del texto, era más preciso al atribuir las potestades que correspondía a este tipo de administraciones.

Art. 228.- Los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas.

Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su *facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.*

Adicionalmente la misma Carta Política de 1998, postulaba los principios en base a los cuales debían organizarse los consejos provinciales y concejos municipales así como confería a la ley el establecimiento de su estructura, integración, deberes y atribuciones.

Art. 230.- Sin perjuicio de lo prescrito en esta Constitución, la ley determinará la estructura, integración, deberes y atribuciones de los consejos provinciales y concejos municipales, y cuidará la aplicación eficaz de los principios de autonomía, descentralización administrativa y participación ciudadana.

Es importante tener presente que la norma constitucional establece, si se quiere, una especie de ratificación en los temas propios del Estado Social de Derecho, esto es la visión social y de la participación que el colectivo debe tener dentro de todos y cada uno de los cometidos y propósitos estatales. Claro está que al Estado Liberal de Derecho nada, o casi nada le importa la realidad social y más bien se torna en abstencionismo de cara a dicha realidad, en tanto que en el Estado Social y Democrático de Derecho, mientras mayor sea la participación social en el desarrollo y ejecución de los cometidos del Estado, se está encontrando el real sentido de su actuación, por ello es que señalo que el Estado de simple observador o espectador, se convierte en un real promotor de la participación del ser social.

En base a dicha normativa constitucional cabe referirnos a la autonomía municipal consagrada en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y reafirmada por el Tribunal Constitucional, que en resolución Nro. 089-2001-TP concluyó:

(...) Las capacidades privativas de las municipalidades impiden la interferencia en su administración a cualquier organismo o autoridad extraña a ellas, a las cuales les está prohibido “derogar, reformar o suspender la ejecución de ordenanzas, reglamentos, resoluciones o acuerdos de las autoridades municipales” (artículo 17 ibídem).

El ejercicio de la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados tiene como uno de sus pilares, reiteramos, la potestad

tributaria que le reconoce la Constitución de la República del Ecuador, expresamente en los siguientes artículos:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

(...)

3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.

Del mismo modo, la Constitución reconoce autonomía económica a los gobiernos autónomos descentralizados, otorgándoles la facultad de generar sus propios recursos.

Art. 270.- Los gobiernos autónomos descentralizados generarán sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad.

En armonía con esta disposición constitucional, el artículo 264 de la norma fundamental, confiere la facultad a los gobiernos municipales para generar rentas mediante ordenanzas propias.

Art. 264.- Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley:

(...)

5. Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

En ese sentido salta a la vista que, dentro de la facultad normativa otorgada a los gobiernos municipales para el cumplimiento de sus fines en el marco del respeto del ordenamiento jurídico y su jerarquía, se destaca su potestad tributaria, en la creación, modificación y supresión de tasas y contribuciones de mejoras.

En este orden de cosas nótese que el concepto de autonomía no sólo implica el que los órganos descentralizados, llámense gobernaciones regionales, distritos metropolitanos, consejos provinciales, concejos municipales, tengan la atribución otorgada por la potestad constituyente de dictar normas, sino que dicha potestad es la respuesta de la posibilidad que tienen los mentados órganos de organizarse por sí mismos, desarrollar sus propios fines y ejecutar las políticas atinentes al adelanto social, económico, productivo, de la colectividad a la que sirven.

Dentro de esta línea de pensamiento es que se debe mirar los textos de la Ley Orgánica de Régimen Provincial y la de Régimen Municipal, mismas que evidencian una clara defensa a los principios jurídicos autonómicos, en cuanto ellos reflejan un sentido descentralizador, que apunta como quedó dicho, a la participación social en la toma de las decisiones de dichos organismos.

En esa línea de razonamiento el propio maestro ecuatoriano José Vicente Troya (2004) sobre la potestad tributaria de las municipalidades, manifiesta:

En Ecuador ha de considerarse que la potestad tributaria de los municipios es originaria, pues, es una derivación de su plena autonomía. La potestad tributaria municipal es limitada a cierto tipo de tributos, no abarca a los impuestos y por ello no es probable que se produzca interferencia con la potestad tributaria del Estado central.

Por lo expuesto, es necesario indicar que los gobiernos autónomos descentralizados, en especial las municipalidades gozan de una amplia potestad de imposición conferida en la norma suprema y consagrada en la ley.

Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

De tales normas constitucionales se aprecia que es la Carta Magna la que debe determinar los órganos investidos de potestad tributaria. En ese contexto, nuestro ordenamiento jurídico se circunscribe a la posición flexible del principio de legalidad, pues no exige la condición de contar con una norma de rango legal para determinar la existencia de un tributo. Por tanto admite distintas fuentes normativas, siempre y cuando se *"integre con arreglo a la ley lo que implica que tal norma habilite tal proceder, señalando los parámetros mínimos y máximos para determinar los elementos cuantitativos que responda a criterios racionales"* y de igual forma, identifique de manera inequívoca el sujeto titular del poder público. (César Montaña Galarza 2004, La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados Miembros de la Comunidad Andina. Artículo publicado en *Tópicos Fiscales contemporáneos*, Guadalajara, coord. Aimée Figueroa Neri, Universidad de Guadalajara, p. 10).

En armonía con tales disposiciones constitucionales, el Código Tributario determina:

Art. 3.- Poder tributario.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir

tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. (Lo subrayado nos pertenece).

En concordancia con las precitadas normas constitucionales, la Ley Orgánica de Régimen Municipal prescribe:

Art. 2.- Cada Municipio constituye una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio y con capacidad para realizar los actos jurídicos que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines, en la forma y condiciones que determinan la Constitución y la Ley.

Art. 16.- Para la consecución de sus fines esenciales el Municipio cumplirá las funciones que esta Ley señala, teniendo en cuenta las orientaciones emanadas de los planes nacionales y regionales de desarrollo económico y social que adopte el Estado.

En el caso de que alguna de las funciones señaladas en el artículo precedente corresponda por Ley también a otros organismos, éstos transferirán a los municipios tales funciones, atribuciones, responsabilidades y recursos económicos internos o externos si los hubiere.

Art. 64.- La acción del Concejo está dirigida al cumplimiento de los fines del Municipio, para lo cual tiene los siguientes deberes y atribuciones generales:

1. Ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas; dictar acuerdos o resoluciones, de conformidad con sus competencias; determinar las políticas a seguirse y fijar las metas de la municipalidad;
(...)

23.- Aplicar, mediante ordenanza, los tributos municipales, creados expresamente por la Ley;

24.- Fijar las contribuciones especiales de mejoras que los propietarios están obligados a pagar para costear las obras públicas, de acuerdo con la Ley;

De las normas expuestas, se aprecia la autonomía funcional, administrativa y económica de los gobiernos autónomos descentralizados, así como su facultad normativa que no se encuentra limitada a ningún poder del Estado, salvo a la Constitución y la Ley.

En este orden de ideas resulta ilustrativa la consulta absuelta por la Procuraduría General del Estado, a propósito de la facultad de las Municipalidades de crear contribuciones especiales de mejoras:

1.- ¿Es procedente que el Concejo Municipal, mediante reforma a la ordenanza, exonere del pago de contribución especial de mejoras a los establecimientos educativos del cantón que pertenecen al sector público; de no ser procedente su exoneración, puede el Concejo Municipal conceder rebajas por este concepto a dichas instituciones públicas?

2.- ¿Es procedente que el Concejo Municipal, exonere del pago de contribución especial de mejoras, a los Institutos Tecnológicos Superiores de la jurisdicción cantonal, en concordancia con el Art. 83 de la Ley de Educación Superior?

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política de la República en su artículo 228, garantiza la plena autonomía de los gobiernos provincial y cantonal, organismos que, en uso de su facultad legislativa, pueden dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales. Los artículos 16 y 63, ordinal 24 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, armonizan con la mencionada disposición constitucional.

Por lo expuesto, los concejos municipales están facultados para, mediante ordenanza crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

Analizado el marco normativo que demarca la acción de los gobiernos seccionales descentralizados, se ha evidenciado que el reconocimiento de su potestad normativa es un presupuesto esencial para la realización de sus fines y ejercicio de su autonomía. En este escenario es imprescindible subrayar la estricta delimitación de las competencias asignadas a dichos entes a las que se califica de privativas, de modo que el ejercicio de la facultad normativa ejercida a través de ordenanzas debe circunscribirse estrictamente a dicha órbita, caso contrario la arrogación de funciones expresamente prohibida por la Ley, se castiga con severidad. Además la doctrina y la jurisprudencia han sido concluyentes en determinar que la autonomía de ninguna manera significa arbitrariedad, debiéndose circunscribirse toda acción emanada de autoridad pública a la juridicidad conforme lo manda el artículo 226 de la norma primera.

Norma Estatutaria

En el Ecuador, históricamente han existido dos instituciones que han venido dictando normas en uso de la potestad que el constituyente les ha atribuido para el desarrollo de sus fines, éstas son

las instituciones de educación superior y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social⁶. Es claro que el desarrollo del manejo autónomo de estas instituciones a veces incomprendido o indebidamente utilizado, le han llevado en ocasiones a que se desvirtúe el real sentido de este tipo de figura normativa. El estatuto en mi parecer, conforme la acepción que nos trae el diccionario de la RAE, no es otro que aquella categoría que permite a un conglomerado social determinado, conocer a ciencia cierta el mundo del desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas, sus obligaciones, prohibiciones, derechos y garantías, cuestiones éstas que le dan una determinada condición jurídica dentro del convivir social, esto es lo que se denomina estatus, de cara a dicho estatus deviene la relación jurídica del estatuto, téngase en cuenta que, como dijimos al inicio dichas atribuciones están contempladas en el Código Político, para organizaciones jurídicas como las anotadas, siendo que el conglomerado social regulado por dichas normas, no debe renunciar en ningún caso al ser autónomo de dichas entidades.

La Norma Fundamental actual, crea dentro de la organización territorial del Estado, las regiones a las que les da la potestad de dictar su propio estatuto, desde luego con los requisitos previos de constitucionalidad, mismos que deberán ser corroborados por la Corte Constitucional, conforme indica la norma del artículo 245; téngase en consideración que el estatuto por mandato del artículo 246, se convierte en la norma básica de la región y pasa a ser el cuerpo orgánico en el que están delimitadas sus competencias y todas aquellas que posteriormente se le atribuya, desde luego con el informe preventivo de constitucionalidad.

Volviendo sobre el mecanismo de atribución de potestades, se

⁶ Hasta antes de la codificación de la anterior Constitución, esto es en el año de 1998, El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, era concebido como una institución autónoma y por tanto tenía la posibilidad de dictar su propio estatuto, cuestión jurídico-político *sine qua non* si se quiere dar la categoría de autónoma a un órgano estatal.

debe tener presente que la potestad, no es, sino el ejercicio del poder que el Estado atribuye a uno de los órganos⁷ determinados en el texto de la Carta Primera; de suerte que tan solo los órganos prescritos en la Constitución de un Estado están dotados de potestades, de tal manera que dicho en este sentido, potestades tienen y ejercen todos los órganos señalados en el 225 de la Carta Fundamental⁸; debe agregarse a estos órganos al control de constitucionalidad, esto es en la actualidad la Corte Constitucional. Se debe tener presente que, tal como lo indica el texto constitucional "la soberanía radica en el pueblo (...)" por tanto el poder del Estado no está en sí mismo, ni en sus órganos, sino en el conjunto de personas -pueblo- que lo conforma, por tanto ningún órgano del poder es soberano, sino que la soberanía está concedida por el pueblo; este gran poder se va irradiando en todos los confines del aparato estatal.

Las potestades y competencias, así concebidas, entonces no son sino expresión del poder del Estado, persona única e indivisible que para el ejercicio de sus facultades cuenta con órganos públicos; siendo que éstos últimos no son sino sujetos públicos con o sin personalidad jurídica, que desarrollan actividades administrativas. De otra parte, no se debe olvidar que el ejercicio de dichas actividades lleva a la consecución de un fin, que debe ser de orden social.

⁷Constitución, artículo 1º inciso 2º "La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución."

⁸Artículo 225 de la Constitución del Ecuador.- El sector público comprende:

Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Las potestades y competencias atribuidas de modo inmediato y directo por la norma, toman el nombre de reglamentarias, es así que la actuación del agente público en este caso se ve rigurosamente limitada por la norma jurídica y al momento de obrar, debe mirar que su voluntad o juicio se ajusten a los elementos fácticos que la regla concibe, de tal forma que la emisión del evento va necesariamente vinculada a la preexistencia de la norma jurídica, como vimos en el apartado anterior y por tanto el administrador conseguirá los efectos que la misma concibe, por ello, frente al ejercicio de potestades y competencias, el servidor público no es más que un fiel cumplidor de los deberes que el ordenamiento jurídico le impone y en dicho ejercicio es creador de derechos subjetivos a los administrados.

Las potestades, las competencias y el poder en general van ligados al mando y a la obediencia, en toda organización humana, por fuerza del orden social – cultural (el más anciano) o por la de orden material o político (el mejor guerrero); pero ese mando – obediencia en las sociedades modernas, está vinculado a la norma jurídica, al menos con fuerza material de ley, por tanto, las actuaciones del administrador público, sus potestades y competencias, no son otra cosa que el ejercicio de las atribuciones que dicha norma otorga al órgano en cuyo nombre ejerce el poder; esto es lo que da fortaleza a la institucionalidad pública, perdiendo campo de acción la subjetividad o el poder arbitrario de actuación, que en mucho de los casos atenta contra el orden constituido y los principios de regularidad que un momento determinado pueden hasta atentar en contra del convivir democrático de los pueblos. De guisa que, en ningún caso la potestad o la competencia nacen de un negocio jurídico concreto y siempre se ha de requerir la preexistencia de una norma jurídica con al menos fuerza material de Ley; como tenemos reiterado, no nace la potestad y competencia del poder mismo, puesto que el imperio y la soberanía son inmanentes del ser social y está atribuido a los órganos del poder público sólo mediante norma jurídica de alta jerarquía,

como la Constitución o la Ley, o como hemos revisado por normas a las que aquellas las hayan delegado dicha facultad. En este orden de cosas, siempre hemos de tener conciencia de que existen normas jurídicas que debemos respetarlas y por tanto estamos impelidos como ciudadanos a su cumplimiento, tanto más, si es la autoridad o representante de un órgano que en el ejercicio de su mando dispone tal o cual cosa, siempre y cuando este obrar esté ajustado a la norma, pues de lo contrario dicha actuación cae en el plano de lo inestimable y por tanto puede ser materia de objeción de parte de los administrados.

Reforzando dicho razonamiento, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) señalan:

(...) la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una situación particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. No hay, por ello, frente a la potestad un sujeto obligado, sino “una situación pasiva de inercia” (GIANNINI), que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido. (...) Así explicado el mecanismo de potestades, conviene insistir en su origen directo en el ordenamiento y no en actos jurídicos determinados. La potestad siempre es una derivación de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa

que, además de configurarla, la atribuya en concreto. (pp. 449-451).

Es importante notar que, el obrar del agente público siempre debe mirar el beneficio de terceros y no el suyo propio, esto es, el ejercicio de una potestad o de una competencia siempre trae consigo el beneficio a terceros; a esto es lo que denomino función. El órgano-sujeto, tiene potestades y competencias que le están atribuidas por la norma constitucional o legal, que le otorgan el ejercicio de poder u obrar, cuando se encuentra en la realización de dichas actividades pone en funcionamiento el aparato administrativo para la consecución del fin propuesto, que como bien sabemos debe ser en beneficio del interés colectivo que es superior al interés del órgano que ejercita el poder; al respecto debemos tener presente lo señalado en el artículo 233 *in limine* de nuestra Carta Política⁹; desde luego que no es menos cierto que, cuando la Administración ejerce potestades o competencias organizatorias, es posible que se actúe en beneficio del órgano que está obrando tal circunstancia, pero ha de entenderse que dicha actuación incidirá en beneficio colectivo.

Ahora bien, la pregunta que a lo largo de este análisis surge de manera inmediata, es si el administrador es un sujeto normocrático, esto es, siempre actúa con prevención en la norma, o si su actuación en algún momento no cuenta con la existencia previa de la norma jurídica o de la regla que se adapte a los contenidos fácticos de su obrar; es en estas circunstancias en que el órgano público pone de manifiesto su actividad discrecional, que en ningún momento significa que el administrador puede hacer uso arbitrario de su voluntad o actuar a su simple capricho. De modo que esta ausencia de la norma jurídica hace que el principio de

⁹Artículo 223 de la Constitución de la República del Ecuador.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

legalidad no tenga plena realización; sin embargo, esto no significa que la iniciativa u obrar del agente público, se realice en contra del principio de juridicidad. Entendiendo bien dicha limitación, Fernando Garrido Falla (2002) manifiesta que “el poder discrecional no es sino una limitación del principio de la legalidad desde el punto vista negativa”. (p. 244).

En la actualidad, existe toda una corriente doctrinaria y jurisprudencial, que ha conformado una verdadera Escuela, a partir de los dictados de Fernando García de Enterría, quien de manera magistral ha limitado la actuación de la autoridad en ausencia de norma, a una serie de principios, que bien entendidos y conocidos hacen que un buen administrador no tenga equívocos, errores ni cometa desviaciones o abuse del poder del que se encuentra investido.

En esta reflexión, siempre hemos de considerar siguiendo a García de Enterría, que el órgano administrativo posee la potestad o competencia de actuación, que la actuación debe reducirse al obrar de un órgano concreto de la administración y que dichas realizaciones han de perseguir un objetivo de orden público; en este mismo sentido, sobre la base de lo enseñado por el precitado autor, se ha pronunciado la jurisprudencia ecuatoriana, conforme puede observarse, en la sentencia de 31 de Mayo de 2002, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia:

La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, la discrecionalidad por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto. Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a los mismos cuatro elementos reglados en toda

potestad discrecional, los cuales son: La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuar, que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.

Estas actuaciones bajo la presencia de la norma previa y que alumbra y fundamenta el desenvolvimiento público con sujeción a normativa preexistente es lo que la técnica jurídica denomina potestad reglada y el método de actuación del agente público en ausencia de norma jurídica preexistente, es lo que denominamos potestad discrecional, misma que con mayor amplitud pasamos a revisar a continuación.

Potestades regladas y potestades discrecionales

La actividad administrativa, no siempre en todo su obrar está precedido de una norma o una regla, que previamente configurada se ajuste de manera concreta a los hechos fácticos que el administrador debe atender en su actuación; es posible también que se tengan alternativas similares o semejantes en las que la autoridad se ve impelida a escoger una de ellas, siendo que las mismas llegaron a converger luego de cumplir con los mismos procesos y al final del camino, el agente público se ve en la disyuntiva de quedarse con uno de ellos; es también común el ver como la decisión al momento de ser tomada pone de manifiesto la propia iniciativa y voluntad del servidor, pues ante todo debemos tener presente que el órgano ejerce sus facultades con la ayuda de una persona física, a la que no es posible desligarle en todo de su propia personalidad y conciencia.

El obrar administrativo, no implica otra cosa que la ejecución de una norma dictada previamente y con toda certeza quien la confecciona, no siempre tendrá presente ni a la mano, todas las alternativas y vicisitudes que se generarán alrededor de la aplicación de determinada hipótesis jurídica, lo que provoca que en un momento determinado, en el cual el administrador público deba optar por una resolución, se enfrentará a una serie de circunstancias de oportunidad y conveniencia que ni siquiera se imaginaron en toda su amplitud y complejidad, en los albores de la producción normativa. El legislador si aplica una buena técnica será lo menos detallista al momento de crear la norma; es el administrador al que le corresponde, en cada caso concreto, resolver de suyo la problemática que tenga, aquella que la realidad del mundo actual depara, tanto más que la Administración Pública debe estar a tono con la actualidad técnica y científica de los cambiantes momentos y con la satisfacción de necesidades que van a la par de dichos avances; dicha iniciativa en ningún caso le puede llevar, como queda antes dicho, a actuar con arbitrariedad o subjetividad, por ello es de radical importancia la motivación del obrar de la Administración y no puede ser vista tan solo como una mera formalidad, tanto más si su actuación se basa en la potestad discrecional.

La potestad discrecional, lleva a la Administración Pública a actuar no de forma arbitraria se ha dicho, sino que tendrá que observar, en guarda del principio de juridicidad, principios y valores de orden superior, como es el bien común, la honestidad, la protección a los bienes jurídicos, el beneficio general. Actuar con discrecionalidad, no implica obrar subjetivamente o sólo por la mera voluntad del servidor público, peor entraña libertad ilimitada o irresponsabilidad de actuación por parte de la Administración. Los clásicos atribuían a las facultades discrecionales el no sometimiento a Derecho y por tanto a partir de este concepto se daba pábulo al absolutismo y la arbitrariedad, como dijimos en líneas anteriores, el membrete del obrar administrativo bajo el

criterio de discrecionalidad determinaba que sus actos no sean susceptibles de revisión por el contralor contencioso.

Profundizando sobre los alcances de las facultades discrecionales de la Administración, el tratadista colombiano Jaime Santofimio Gamboa desde la perspectiva del derecho colombiano, acota que:

(...) tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo en señalar que la facultad discrecional no es absoluta o pura; de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos de nuestro Estado de derecho, permitiendo que éstos escapen de su control natural; en principio, ningún acto de la administración queda libre entre nosotros de tal control. (...) “discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad” y ésta reinaría donde existieran autoridades cuyos actos carezcan por entero de control por la jurisdicción contenciosa administrativa.

La motivación en los actos discrecionales, como veremos más adelante, encierra los verdaderos justificativos que tiene la administración en su obrar, de tal suerte que la actividad administrativa esencialmente en su actuar discrecional guardará total pertinencia entre las cuestiones de orden fáctico y los principios jurídicos que sirvieron de base para tomar tal o cual decisión; además considerará en el caso concreto el fin que persigue, el mismo que siempre ha de ser de orden social.

El margen de actuación de la autoridad administrativa, no le puede llevar a consideraciones *extralege*, su libertad de actuación y el sentido de apreciación de la realidad fáctica en ningún caso le puede alejar de la determinación racional de las cosas, de tal suerte que como veremos más adelante, el obrar administrativo no puede convertirse en arbitrario, despótico, totalitario ni atrabilario, es decir, debe guardar ciertas formas y rituales en su proceder, a los efectos de que al momento de fiscalizar dichas actuaciones,

las mismas tengan sustento en cuestiones de orden jurídico y técnico.

La Administración cuando obra con discrecionalidad, debe guardar determinados lineamientos que le ajusten a la juridicidad, así sea que el texto legal, como en algunas casos le otorga libertad casi total de actuación¹⁰, es decir la conformación de voluntad sólo depende de su racionalidad de actuación, como sucede con la actividad discrecional señalada en el artículo 121 de la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación, en cuyo texto se prescribe que para la imposición de multa, se tendrá *“conocimiento de causa y criterio discrecional, atendiendo la gravedad de la infracción”*; en el siguiente caso, esto es en el reseñado en el artículo 1 de la Ley de Naturalización, si se la mira de primera vista también se trataría de un caso en que la Ley consiente una especie de actuación administrativa de total liberalidad y sin sujeción a normativa, en idéntico sentido al apreciado en el caso anterior, no obstante debe acotarse que dicha norma, en su contexto guarda una serie de limitaciones establecidas mediante la exigencia de varios requisitos que deben ser cumplidos por quién desea naturalizarse y queda por tanto el acto discrecional delimitado y al mismo tiempo, condicionado a la facultad que tienen los Estados de otorgar o no la carta de naturalización a extranjeros.

En general, hay varias formas de atribución de la potestad discrecional; nuestro reglamento de discrecionalidad¹¹ señala además de

¹⁰ La Ley General de Registro Civil Identificación y cedulación, expedida mediante decreto supremo 278, publicado en el Registro Oficial número 70 de 21 de abril de 1976, en su artículo 121, determina: Imposición de penas.- Salvo los casos especialmente penados por esta ley, quienes la contravinieren serán sancionados con multa de cien a cinco mil sucres que impondrá el Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, con conocimiento de causa y criteriodiscrecional, atendiendo a la gravedad de la infracción.

La Ley de Naturalización, expedida mediante decreto supremo 276, publicado en el Registro Oficial 66 de 14 de abril de 1976, que en su artículo 1 dice: “La naturalización es un acto soberano y discrecional, de la Función Ejecutiva.

La nacionalidad ecuatoriana por naturalización se adquiere desde el día en que se inscribe la carta la resolución correspondiente en el Registro Civil”.

¹¹ Vale en este punto decir, que en el Ecuador se expidió por parte del Presidente de la República un “Reglamento para el Control de la Discrecionalidad”, mismo que consta en el

las expresadas, la discrecionalidad técnica, en cuyo caso la Administración actúa con vista a los informes de orden científico, en las varias materias del convivir social, a efecto de que con mérito a dichos informes pueda tomar la decisión que mejor corresponda a los intereses de la colectividad. En el grado de apreciación de alternativas técnicas, científicamente viables, el administrador debe apreciar y ponderar la calidad de la propuesta a escogerse, esto implicará el hecho de que no siempre lo mejor será lo más barato, ni que aquello que se pueda realizar en corto tiempo es lo más beneficioso; en los aspectos de orden técnico la autoridad debe obrar con responsabilidad, manteniendo en los criterios de oportunidad y conveniencia, la relación equilibrada del costo beneficio del bien, de la obra o del servicio.

El control de la discrecionalidad. Los conceptos jurídicos indeterminados

Como dijimos en líneas anteriores, aún cuando existen determinadas normas que permitirían a la autoridad actuar y obrar con libertad absoluta, todos los actos de la administración pública deben estar sujetos al control, tanto administrativo, contencioso y constitucional, con el afán de garantizar la plena vigencia del Estado Social de Derecho. No se puede dejar de mirar la actuación de la autoridad sino con sujeción a la juridicidad, a la racionalidad y a la moralidad, y siempre el obrar estará en razón del bien común, de la defensa de los bienes jurídicos a los que el Estado está llamado a proteger y siempre mirando con concepto de proporcionalidad en tanto los derechos entren en contraposición.

La discrecionalidad, no implica arbitrariedad ni mucho menos actuar de modo o manera ilegal, de modo que, la operación que la Administración realiza en base de su potestad discrecional,

Registro Oficial N° 686 de 18 de octubre de 2002, la notas que en este caso llama la atención es que mediante una norma se dicte reglas para la discrecionalidad, cuestión que básicamente más bien debió ser recogida por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

implica de suyo un obrar con apego a la legalidad. Miremos que la autoridad, funcionario o agente público, lo primero que realiza es un examen para entender si la potestad o competencia le está o no atribuida por la norma, para posteriormente pasar a mirar el cumplimiento de un procedimiento, de ritualidades o curiales que enmarquen su obrar dentro de la operación de debido proceso, para concluir observando siempre la consecución del bien común, de tal guisa que siempre tendremos al menos cuatro elementos que limitan a la administración su libertad al momento de tomar decisiones o expedir actos, estos son: la conexión irremediable con la norma que le atribuye la potestad o competencia, el debido proceso y el fin¹²; empero de lo señalado, al menos para nuestro análisis no podemos dejar de anotar el contenido del Reglamento de Control de la Discrecionalidad, que en su artículo 2, que de manera clara especifica al menos cuatro parámetros que limitan al agente público en el uso de la discrecionalidad, esto es: la racionalidad, la pertinencia de los hechos y valoración en base de informes previos:

Art. 2 del Reglamento de Control de la Discrecionalidad.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a

¹² Juan Miguel de la Cuctara (1986) en su célebre obra "Las Potestades Administrativas", examina de modo minucioso el alcance de la actividad discrecional de la Administración Pública a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español que en el caso que nos ocupa, a propósito de la revisión de una sentencia motivada por la alteración vial de un Plan de Urbanismo, muy lúcidamente concluyó:

"La libertad que esta prerrogativa (la de variación de planes) otorgue a la Administración en esta materia nunca podrá justificar una actuación arbitraria o irracional, dado que esta idea de libertad se traduce jurídicamente en nuestro campo con el concepto técnico de discrecionalidad, como sabemos en la actualidad, no es un cheque en blanco que permita todo tipo de intervenciones sin la menor cortapisa. La discrecionalidad, por el contrario, sólo faculta a la Administración para disponer de un cierto margen de libertad en la fijación de objetivos, como medio para satisfacer mejor el interés público, que es, en verdad, el que sirve de causa legitimadora a su actuación." (p. 231).

tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una *desviación de poder* sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

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

Luego de lo anotado, bien cabe manifestar que en la valoración, siempre ha de estar el análisis del hecho causal o de la realidad fáctica que impelió al administrador en su actuar discrecional, entonces observaremos a través de la motivación del acto, la forma en que algunos aspectos reglados lo conforman, los cuales pueden desprenderse de los informes de orden técnico, económico o jurídico, cuestiones que esencialmente nos llevarán a dilucidar si la autoridad tiene la suficiente potestad o competencia para declarar su voluntad en el caso que es de su conocimiento, cuestión primera que debe ser observada por un buen administrador. Luego entonces, mirará de manera racional el fin que se persigue y si dentro de sus facultades está el decidir sobre ese supuesto o hecho planteado, que deberá tener como efecto el fin propuesto, para no caer en el escenario de desviación de poder, cuestión que en el proceso fiscalizador del acto, bien puede producir la nulidad del mismo.

Cabe anotar que el fin propuesto siempre habita en la norma, por tanto, éste es otro elemento de lo reglado que se debe tener en consideración al momento del control del acto; el órgano emisor del acto, debe tener entre sus competencias o potestades la atri-

bución para conocer sobre la materia de la que tratan los hechos, los mismos que han de ser posibles y no tornarse en fallidos, como refiere el artículo 10 del Reglamento de Control de la Discrecionalidad.

En la actuación discrecional, se debe tener cuidado de motivar el acto debidamente, pues ésta es la única fórmula válida para determinar los hechos, las causas y su relación con los principios jurídicos invocados, a fin de establecerse en realidad, si los supuestos fácticos calzan con los elementos jurídicos y sobre todo saber si los hechos realmente acaecieron y no se trata de una realidad inexistente o a medias. Debe tenerse presente que la motivación del acto es una cuestión esencial, pues bien, en su momento el administrado puede argüir indefensión, alegando que no se le ha dado a conocer todos y cada uno de los elementos que sirvieron para la expedición del mismo.

Cabe anotar que es importante y de rigor establecer que la autoridad administrativa o jurisdiccional según el caso, al momento de su estudio y control deberá apreciar con suma ponderación la actuación del agente público, a efectos de conocer si el criterio discrecional con el que ejerció su potestad, respetó los límites que la racionalidad y proporcionalidad imponen a un buen administrador, de tal guisa que pueda concluirse de manera categórica, que su obrar se fundó en informes técnicos, económicos y jurídicos objetivos y con base a ellos tomó su decisión, a los efectos de que no exista distorsión de clase alguna y sobre todo no se vaya a producir la figura indeseada de **desvío de poder**, figura jurídico administrativa que se produce cuando el administrador competente, aún guardando las formas en el procedimiento, dedica su actuación a fines distintos a los propios del órgano.

En algunas ocasiones, suele confundirse el desvío del poder, que como queda anotado en principio no es sino, destinar la actuación a un fin distinto de los que le están atribuidos, con el exceso

de poder, que constituye una clara figura de incompetencia y hasta arbitrariedad en la actuación del órgano.

Precedentemente analizamos en este capítulo la sentencia de la CSJ (31 de Mayo de 2002) en la que pertinentemente se abordaron los alcances de la actividad discrecional así como los elementos reglados que de modo indefectible deben conformarla. En ese sentido, la transgresión de los límites de actuación impuesta por la norma, falsamente cobijada por el ejercicio de la potestad discrecional, configura la desviación de poder. Transcribiendo lo dictaminado por el Tribunal Supremo Español, citado por José Miguel de la Cuetara (1986), la desviación de poder entraña:

(...) el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico precepto (83, 3 L.J.CA) que ha sido interpretado en numerosas sentencias en el sentido en que significa una desviación finalística del propósito de la norma, en definitiva, una discordancia entre el ordenamiento jurídico y la actividad administrativa, al perseguir ésta fines distintos de los fines previstos por aquél". (Sentencia de 28 de Noviembre de 1983, Sala Tercera, ponente Ruíz-Jarabo Ferrán, *Colex*, núm, 1639) (p. 232).

Ahora bien, siempre en la realización de las actividades propias de la Administración, el agente público debe observar que su actuación se encamine hacia los contenidos teleológicos del órgano, contenidos que en la mayoría de los casos están dados en las normas de creación y funcionamiento de dichos entes. Para concluir este pensamiento, debemos siempre tener presente que, no se puede concebir la existencia de una entidad de Derecho Público sin un propósito funcional, esto es, sin que se establezcan fines, objetivos o propósitos que la misma ha de perseguir y a ha de dedicar sus actuaciones.

Una vez concluido el apasionante análisis de la desviación del poder, pasemos ahora a examinar el tema referido a los llamados **conceptos jurídicos indeterminados**, cuestión que dentro del análisis general de la discrecionalidad, es de gran relevancia en tanto que el administrador al hacer uso de dichos conceptos debe centrar o concretar en lo posible de la manera más afinada a cada uno de ellos. Por tanto en dichos conceptos no puede basarse una resolución para generalizar un criterio; así cuando hablamos de justo precio, en materia de la expropiación, hemos de entender que aquel es el precio que dicho bien tiene dentro del mercado, esto es, que el propietario del inmueble expropiado, con el monto que el Estado le entrega por la expropiación, podrá adquirir otro de similares o iguales características. Nótese que el concepto de justo precio dista mucho de ser exacto y que por tanto se puede prestar a equívocos o imprecisiones o situaciones que muchas ocasiones producen vaguedad en determinar opinión o juicio. Como este concepto de justo precio la norma jurídica utiliza otros tales como: buena fe, probidad, bien común., diligencia, buen padre de familia, emergencia, urgencia, necesidad pública. El artículo 8 del aludido Reglamento de Control de la Discrecionalidad, menciona otros tantos, tales como: bien público, interés público, oferta más conveniente.

Todo este tipo de conceptos, confiere a la autoridad administrativa la posibilidad de actuar dentro de un amplio ámbito, en el que su actuación puede devenir en subjetiva y hasta arbitraria, sin dejar de lado que el criterio con el que el actuante se desempeña puede estar muy restringido a su propia realidad, la misma que puede en un momento ser diametralmente opuesta a la verdad de los hechos y por tanto a su aplicación jurídica; de tal guisa que, el rango de interpretación en la toma de una decisión, debe ser razonable y racional, a los efectos de no causar daño a ningún bien jurídico, por minúsculo que nos parezca, pues todos ellos merecen al menos respeto. Por lo anotado, nos parece que la autoridad administrativa y el juez administrativo, el primero al emitir el

acto y el segundo al controlar el rigor en la emisión del mismo, deben, como ya señalamos en líneas anteriores, ponderar de modo debido los hechos, circunstancias y razones que se tiene para la emisión del acto. Reitero una vez más con esta oportunidad, lo importante que resulta la motivación de los actos, para poder catalogar las razones que impelieron a la autoridad a la emisión del acto.

Para que lo dicho quede aún mejor precisado, llamo a reflexionar en el siguiente supuesto: Pedro es propietario de un bien raíz, en el que tiene, amén en su casa de habitación una granja avícola, que le permite una renta mensual, con la que puede costear sus gastos y los de su familia y tener una vida digna. El Ministerio de Obras Públicas, para la implantación de una ampliación vial, requiere que dicha casa de habitación y la granja avícola sean expropiadas, pues el ancho de la vía así lo requiere. El avalúo de la DINAC, en base del examen técnico de los expertos evaluadores de la entidad, en base de sus parámetros y demás normas, señalará un valor, en el mismo que estará involucrado todo bien y todo concepto; imaginemos que el precio del bien en el mercado inmobiliario y productivo es de quinientos mil dólares y el avalúo de cuatrocientos mil dólares; como es de rigor, conforme lo señalado en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en ningún caso el precio a otorgarse será mayor a dicho avalúo más el diez por ciento. Considérese que el margen de apreciación o de llegar con justicia al precio por parte de la autoridad, está en el diez por ciento. No tiene el administrador como ir más allá de lo que la norma le permite, por tanto el justo precio siendo un concepto que en ocasiones nos parece incierto, lo podemos llegar a concretar. Lo que para concluir esta línea de pensamiento debemos anotar, que el precio que se puede pagar en el caso al propietario, no es el justo, puesto que le estamos sustrayendo de un sistema de vida que le permite desarrollar sus actividades con dignidad y que luego con ese valor, quién sabe que pueda llegar a tener el mismo régimen de vida, por tanto

el criterio del diez por ciento de apreciación, para llegar a lo justo es al menos controvertido. Está por demás anotar que esto es lo que se da en el supuesto analizado, cada caso, tiene unas circunstancias y la apreciación de las mismas debe realizarse aplicando criterios razonabilidad y racionalidad, que como indiqué no afecten a los bienes jurídicos y que trate de acercarse en lo posible a la realidad.

Siguiendo el ejemplo propuesto, resulta evidente que los conceptos jurídicos indeterminados juegan un papel primordial en el control de los alcances de la actividad administrativa que deben ser examinados con el auxilio de los criterios de razonabilidad y racionalidad conjugados con las garantías fundamentales, principios generales del derecho y los fundamentos fácticos y jurídicos sobre los que se construye una decisión administrativa. Por lo que deben ponderarse las circunstancias fácticas y las condiciones relevantes que rodean el ejercicio de la actividad discrecional de la Administración, actuación que desde luego está sometida a una normatividad jurídica y por tanto es susceptible de revisión jurisdiccional.

De manera que los órganos jurisdiccionales, a criterio del Tribunal Supremo Español, citado por José Miguel de la Cuetara:

(...) deben “penetrar en el modo y manera de ejercitarse la discrecionalidad” para “controlar los fundamentos en que se asienta”.

Al respecto resulta esclarecedor referirnos a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de 31 de Mayo de 2002, en la que examina el ejercicio de la potestad discrecional conferida a las Municipalidades para ordenar el cambio de suelo, omitiendo los estudios de la incidencia de dicha modificación en la colectividad:

Tal modo de actuar, sin duda afecta a la finalidad por la que la ley confirió potestad discrecional relativa a la Municipalidad para poder ordenar el cambio de suelo, ya que como se dijo antes la municipalidad conforme a lo determinado en el Art. 12 de su ley tiene fines que se dirigen esencialmente a la satisfacción de las necesidades colectivas del vecindario de modo que un correcto ejercicio de la discrecionalidad conferida por la ley, debe encausarse primeramente al estudio de los efectos que la resolución de cambio de suelo podría tener respecto de los moradores que pudieran ser afectados, es decir de la colectividad. No habiéndose procedido de tal manera, es evidente que la resolución impugnada se halla incurso en la desviación de poder, por lo que al haberse utilizado indebidamente la potestad discrecional, el acto administrativo resultado de la misma, es nulo de nulidad absoluta.

Resulta ilustrativo el examen de esta sentencia pues se aprecia con claridad meridiana que el ejercicio de una potestad discrecional que indispensablemente debe ser conferida por la ley, es contrario a Derecho cuando rebasa los límites legales o los fines que la justifican. De su parte los conceptos jurídicos indeterminados corresponden “a conceptos para cuya aplicación se requiere de una interpretación a través de la cual hallar una única solución justa. De modo que debe quedar absolutamente claro que mientras “la discrecionalidad se ejerce dentro del margen en que haya sido otorgada por la ley”, los conceptos jurídicos indeterminados “se manifiestan en el plano del supuesto de hecho”, y por tanto su aplicación requiere ineludiblemente que se atribuya a la Administración un margen de valoración y apreciación. (Pozo Gowland, 2004, p. 291).

En el terreno de este análisis, bien afirma el propio Pozo Gowland (2004) que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados “parte de la existencia en el ordenamiento jurídico de con-

ceptos que carecen de límites precisos, que no reflejan claramente y con precisión la calidad a la que se refieren”. Más adelante, el mismo autor profundizando sobre dicha reflexión, señala que “determinados conceptos contenidos en las normas tales como interés general, dignidad, reglas técnicas generalmente aceptadas, idoneidad de un funcionario, urgencia en una contratación, rentabilidad justa y razonable y muchas otras, llevan a un margen de amplitud, impresión e indeterminación, según los casos, que exige una intervención mayor de la apreciación que sobre los hechos efectúa el funcionario”. (p. 292).

En este orden de ideas la discusión principal estriba en dilucidar si este margen es completamente revisable por los jueces y la respuesta es afirmativa a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y la impugnabilidad jurisdiccional de los actos administrativos consagrada en la Constitución Política del Estado. (Héctor Pozo Gowland, 2004, p. 295).

Por lo que, siguiendo lo anotado por el autor, tantas veces aludido, “los jueces deben revisar la corrección de la solución adoptada tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico”. (Héctor Pozo Gowland, 2004, p. 295).

A manera de colofón, es propicio traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador de 9 de Marzo de 2004, sobre el alcance el control jurisdiccional de la potestad discrecional de la Administración Pública, cuyo ejercicio se manifiesta con gran nitidez en la adjudicación de contratos públicos:

No faltan razones para afirmar que en materia de contratación pública, sobre todo en el acto administrativo de adjudicación, existe un margen de apreciación en manos de la administración que muchas veces no está bien canalizado. Mas, es evidente que un oferente que creyere que se han vulnerado sus derechos subjetivos puede impugnar la decisión del Comité de Contrataciones

en todas las actuaciones previas al acto de adjudicación, pero no la adjudicación en sí misma, puesto que ello constituiría un exceso que es inaceptable. Lo que ha hecho el Tribunal "*a quo*" es invadir funciones que son propias de la administración, a pretexto de efectuar un control de la legalidad. De allí que Malaret citado por Miguel Beltrán de Felipe afirme que: "De la pretensión del particular, aún cuando fundada en un derecho derivado del ordenamiento, no se deduce necesariamente que el Tribunal pueda dictar un acto administrativo; el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, no implica que el tribunal pueda sustituir a la Administración, sino que en este supuesto dictará una sentencia obligando a la Administración a que dicte un determinado acto administrativo". ("discrecionalidad Administrativa y Constitución", Madrid, 1995, p. 119). No es posible que los tribunales de justicia sustituyan las decisiones administrativas discrecionales como en el presente caso, lo que si cabe sustituir son las potestades regladas, porque allí viene todo delimitado, en tanto que la decisión discrecional no es susceptible de sustitución por parte de la justicia la que sólo puede obligar a rectificar al ente administrativo siempre que la acción discrecional no pase los filtros de control de esta facultad, que no es el caso.

Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5204.
(Quito, 9 de marzo de 2004)

Por lo dictaminado en esta sentencia, se evidencia el reconocimiento jurisprudencial de los márgenes de apreciación administrativa, revisables más no sustituibles por parte de la justicia.

Actividad formal y actividad material de la Administración. La normativa básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común

Una vez que hemos concluido el estudio de las funciones administrativas, su forma de control, y como son atribuidas, es claro que nos quedamos con la sensación de conocer cómo se va dando todos y cada uno de esos conceptos jurídico-administrativos, cuáles son las relaciones, como se produce dicha actividad, como está regulada la misma y cuáles los principios que informan dichos procedimientos.

Dado que la voluntad de la función administrativa del Estado se manifiesta a través de hechos y actos administrativos, actuaciones de la administración, contratos de la administración, reglamentos administrativos, todos ellos emanados de la esfera de sus atribuciones y competencias atribuidas por la Constitución y la Ley, su producción debe subordinarse a determinados procedimientos reglados por derecho.

Nuestra *Constitución* se refiere de modo expreso a los actos administrativos en los siguientes artículos:

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

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

(...)

2. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

(...)

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

Del mismo modo se refiere a la actividad administrativa en las siguientes disposiciones:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

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

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

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.**

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

(...)

4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública;

(...)

27. Controlar la legalidad de los procesos en los cuales el Estado delegue o concesione sus facultades al sector privado, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República y la ley.

28. Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen;

Art. 38.- Presunción de legitimidad.- Se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.

Art. 52.- Alcance.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelos o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.

“Art. 69.- Decisiones susceptibles y no susceptibles de impugnación.- Podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, las resoluciones de la Contraloría General del Estado, que impliquen establecimiento de responsabilidades administrativas y civiles culposas, conforme lo dispuesto en los artículos 45 y 52 de esta Ley.

No podrán, en consecuencia, impugnarse los informes de auditoría, de exámenes especiales, los que consistan en dictámenes o informes que le corresponda emitir de

acuerdo con la ley, ni las actuaciones que establecieren indicios de responsabilidad penal”.

No se puede pasar sin comentar el inciso segundo del artículo antes señalado, puesto que, de cara al artículo 173 del texto constitucional, ha declinado su vigencia, pues claro está que todo acto emanado de autoridad pública y que conlleva efectos jurídicos, es susceptible de ser impugnado; por tanto, el vigor jurídico ha desaparecido y al tenor del Art. 76, número 1 del Código Político, todo juez o administrador público, ha de observar la validez de dicha norma, para inaplicarlos, a la luz de lo dispuesto en los artículos 424, 425 y 428 de la Carta Fundamental.

Art. 77.- Máximas autoridades, titulares y responsables.- Los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanados de su autoridad (...).

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

Art. 4.- Principios y sistemas reguladores.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios.

Art. 50-B.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva respetarán y garantizarán

el derecho ciudadano a vigilar y fiscalizar los actos del poder público consagrado en el Art. 26 de la Constitución.

En este sentido, ningún funcionario podrá negar a los ciudadanos el acceso a la documentación que se halle en su poder en razón de sus funciones a su cargo o de archivos que se hallen en su custodia. Excluyéndose aquellos que la ley los haya declarado reservados.

El incumplimiento de esta disposición y la consiguiente lesión de los derechos constitucionales de los ciudadanos serán sancionados conforme al Art. 213 del Código Penal.

Art. 64.- Categorías.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.

Art. 65.- Acto administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Art. 66.- Vigencia.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos

no notificados constituirá, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.

Art. 67.- Restricción de contenido.- Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado igual o superior a éstas.

Art. 68.- Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.

Art. 69.- Impugnación.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa.

Art. 70.- Actos de simple administración.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.

Art. 75.- Contratos administrativos.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.

Art. 78.- Hecho administrativo.- El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.

Art. 80.- Acto normativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.

Art. 88.- Competencia y procedimiento.- Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, sea de oficio o a instancia del interesado, se expedirán por el órgano competente y acorde al procedimiento establecido.

Art. 96.- Actos propios.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer,

que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.

Habiendo observado de modo panorámico buena parte de la regulación normativa de la actividad administrativa, es importante referir el criterio del tratadista ecuatoriano Efraín Pérez (2008) que considera como inconveniente definir normativamente al acto administrativo pues *“la tendencia moderna es abstenerse de definiciones en el momento de legislar, puesto que tales conceptualizaciones resultan siempre incompletas y frecuentemente superadas en los hechos. Así la definición se deja a la doctrina y por supuesto a la cátedra”*. (Efraín Pérez, 2008, Tomo I, p. 465).

En este escenario es importante destacar que el campo de la actividad administrativa no incluye sólo los actos administrativos *“sino cualquier otra actividad o acción del Ejecutivo, incluyendo las llamadas vías de hecho, los hechos de la administración, sus omisiones y contratos”*. (Efraín Pérez, 2008, Tomo I, p. 458).

Más adelante veremos la estructura y los elementos que componen todo el universo de la actividad administrativa cobijada bajo los principios del Estado de Derecho. Con propiedad afirma el propio Efraín Pérez (2008), adhiriéndose al criterio de Gordillo, que el “concepto de acto administrativo no se debe construir exclusivamente alrededor del contencioso-administrativo, se puede afirmar que la importancia actual de la construcción del acto administrativo se relaciona con la efectividad del Estado de derecho. La doctrina del acto administrativo en la actualidad enfatiza el cumplimiento de los requisitos que suponen la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos”.

En este orden de cosas, debemos anotar que el actual texto constitucional hace referencia en su parte *in fine* del primer inciso del

artículo 1°, que la administración es descentralizada y más tarde en el artículo 225 hace un listado de las entidades estatales; todas ellas, en sus distintas características y categorías jurídicas, esto es como entidades centralizadas o descentralizadas, con mayor o menor autonomía, con autonomía territorial o institucional, o en otros casos, como empresas estatales, en el giro de su actividad tanto de planificación, programación, organización, dirección, ejecución, coordinación y control, se desenvuelven con apego al Derecho Público Administrativo.

Circunscribiéndonos a tal visión de la actividad administrativa, nos corresponde revisar en el capítulo subsiguiente las particularidades del procedimiento administrativo a través de cuyo orden se encausa y construye la voluntad de la Administración Pública.





DERECHO ADMINISTRATIVO

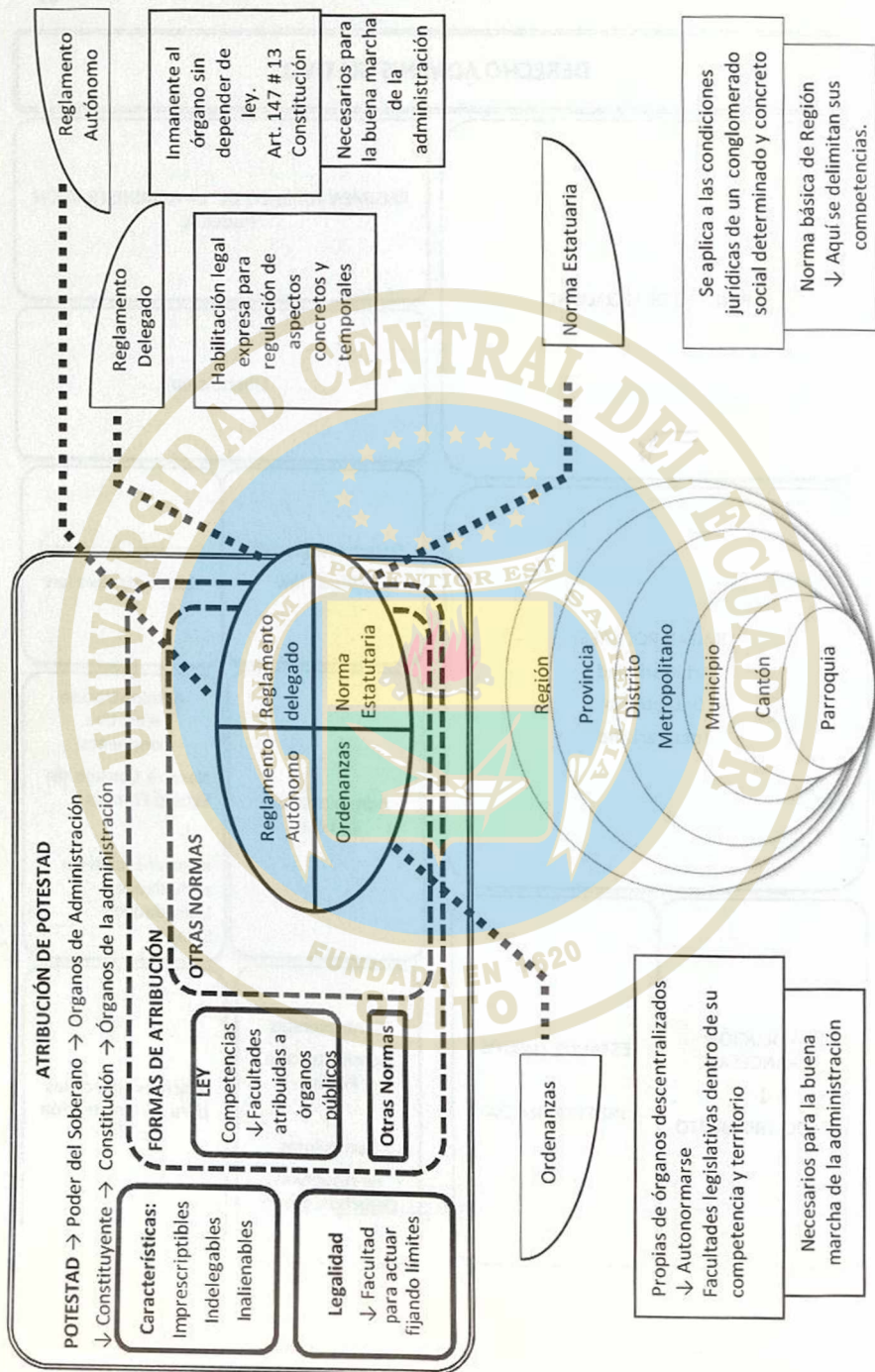
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

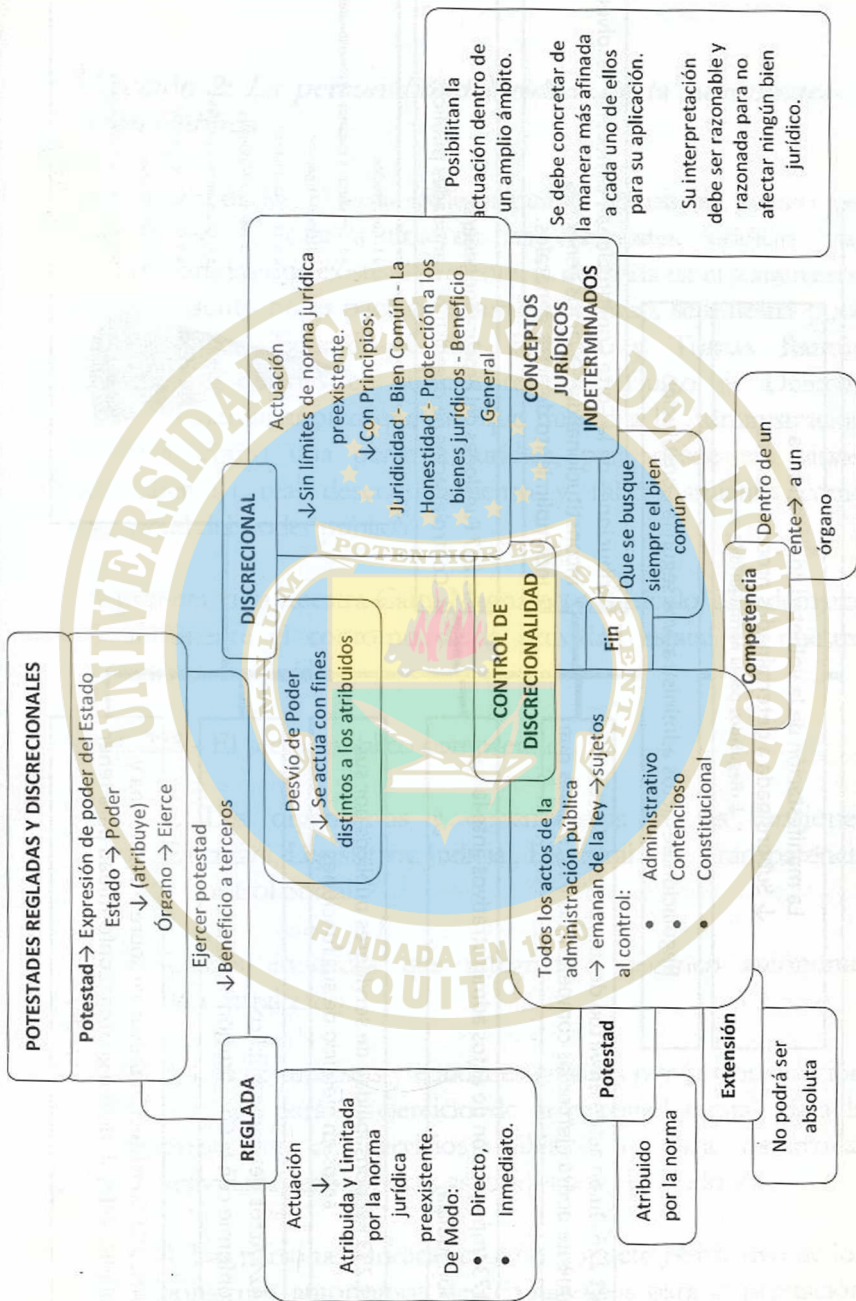
REGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

Liberalismo

LIMITAR PODERES:

Arbitrariedad
Despotismo
TotalitarismoSistema Anglosajón
Rule of lawSistema Continental
Administrative lawAdministración
judicialAdministración
ejecutiva
continental
Nace → Consejo de
Estado Francés
↓
Intensificación de
actividades
Individuos ↔
EstadoREVOLUCIÓN
FRANCESA
↓
ESTADO TRIPARTITOESTADOS UNIDOS
↓
INDEPENDENCIAControversias
Administración
Pública
↑
Particulares
Se resuelven
Derecho Común.Normas especiales
para administración
pública





NORMATIVA BÁSICA SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La manifestación de la voluntad administrativa

↓ Subordinada a determinados procedimientos

↓ Regulados por la norma jurídica

Regulación de actos administrativos según la Constitución

Art.226 Quien actúe en virtud de una potestad estatal solamente podrá ejercer las competencias y facultades que

Atribuciones de la Corte Constitucional, Conocer y resolver:
2. inconstitucionalidad → actos generales
5. incumplimiento de actos generales.

Art.173 Impugnación de actos administrativos ante la función judicial

Art.237 Funciones del Procurador general:
4. Controlar actos de organismos y entidades públicas

Art.233 Responsabilidad de servidores públicos por sus actos en ejercicio de sus funciones

Art. 424 Actos del poder público
↓ conforme con la Constitución → validez

Art. 272 Constitución prevalece sobre otras norma y cualquier acto, ↓ deben guardar conformidad para tener validez

■ 1. Constitución

■ 2. Convenios y tratados Internacionales

■ 3. Leyes Orgánicas

■ 4. Leyes Ordinarias

■ 5. Normas Regionales

■ 6. Ordenanzas Distritales

■ 7. Decretos y Reglamentos

■ 8. Ordenanzas

■ 9. Acuerdos y Resoluciones

■ 10. Demás actos y decisiones de los poderes públicos



Lección 2: La personalidad jurídica de la Administración Pública

Sin lugar a dudas, el tema es de palpitante actualidad, puesto que nos pone de cara a una de las cuestiones jurídicas más controvertidas que existe al presente; la doctrina en el tratamiento de este asunto no es pacífica y por el contrario, se muestra poco apacible. Es Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes en su célebre obra, Curso de Derecho Administrativo, anotan que hay que mirarle a la Administración Pública, como una persona jurídica, para desde esa visión entender su real desenvolvimiento y funcionamiento como actividad del poder público.

A primera vista nuestra Carta Magna en su artículo 225, demarca positivamente el contorno de la actividad estatal en nuestro ordenamiento jurídico:

Art. 225.- El sector público comprende:

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

De la lectura de esta norma, debe entenderse que la delimitación no exhaustiva de la estructura básica y general del Estado en la que se señalan únicamente los órganos más importantes que lo conforman y más bien se encarga a la expedición de actos legislativos y normativos, la creación de personas jurídicas que conformen el Estado se justifica en la necesidad de dotar a la actividad estatal de un entorno dinámico en el marco de una administración descentralizada, conforme lo preceptúa el artículo primero de nuestra Carta Política, principio que se proyecta también en sus artículos: 3, número 6; sin perder de vista que conforme estatuye el artículo 141 in limine del texto político, es el ejecutivo, el responsable de la administración pública, debiendo en todo momento tener presente que en tal visión política, el artículo 147 número 5 le atribuye la potestad de “Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control”

Con razón afirma Javier Robalino (2005) que:

“las normas constitucionales nos proporcionan el motor del sistema estatal y democrático, el cual requiere de otros aditamentos para que la maquinaria administrativa sea operativa. Los otros aditamentos provendrán principalmente del Derecho Administrativo. (...) Como hemos indicado, la Constitución contiene una estructura general de la Administración Pública, aunque un gran número de aquellos órganos no se encuentran previstos en ella, aunque permitidos a través de potestades legislativas o normativas contempladas en la Constitución”.

Debe quedar claro que, tal habilitación constitucional consignada en el artículo 225 de la norma primera, para crear aquellos órganos no previstos en ella, debe pronunciarse con su artículo 226 que consagra el principio de legalidad que, en palabras de Javier

Robalino (2005) “es el que da la movilidad necesaria a la Administración y constituye el verdadero límite de su permanente transformación”. (p. 193).

Lo expuesto evidencia el amplio espectro constitucional, reglamentado por el principio de legalidad, en el que se desenvuelven los sujetos y las personas jurídicas que conforman el Estado. Cabe indicar que el Estado, en virtud de lo anotado por Allan R. Brewer-Carías “no es un sujeto de derechos y obligaciones pues no es una persona jurídica, sino que en realidad lo conforman un conjunto de personas jurídicas estatales”. De modo que si bien el Estado, goza de personalidad jurídica en el ámbito de la comunidad internacional “en cambio, en el ámbito del derecho interno del Estado, como tal, no es un solo sujeto de derecho o persona jurídica, sino que en realidad es un conjunto de personas jurídicas estatales que resultan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del poder público (personas jurídicas estatales)”. (Allan R. Brewer Carías, p.157)¹³

La personalidad jurídica de la Administración Pública

Las reflexiones precedentes nos trasladan irremediablemente a la añeja y polémica controversia doctrinaria radicada en la problemática derivada de la personalidad jurídica de la administración pública, que discute la verdadera naturaleza de los órganos del Estado, derivado del histórico dualismo Estado-poder público y Estado-persona jurídica, superado en numerosas legislaciones, como la española, por la declaración de personalidad jurídica única del complejo orgánico de la Administración estatal. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo I, p. 373).

En ese sentido cabe delimitar conceptualmente a la Administración Pública que la doctrina ha convenido en dotarle de un con-

¹³ BREWER CARÍAS, Allan, *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia-Universidad Externado de Venezuela, Tomo I, Bogotá, 2005.

cepto orgánico y un concepto material. Sobre estos dos significados Allan R. Brewer Carías (2005) ilustra que, con el primero “se identifica un conjunto de órganos del Estado o, más propiamente, de las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actúan en el mundo de las relaciones jurídicas; y por la otra, con dicha noción se identifica también a un conjunto de actividades que resultan de la gestión del interés general (actividad administrativa) realizada generalmente por esos mismos órganos”. (p. 145).

Por lo que debe comprenderse a la Administración Pública como un complejo orgánico integrado por organismos con o sin personería jurídica pero sí con personalidad jurídica que ejercen actividad administrativa. En ese sentido el artículo 225 de nuestro Código Político, esboza el gran universo de la Administración Pública que se compone de los entes y órganos que ejercen actividad administrativa “vinculados al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, política, administrativa, jurisdiccional y de control”, a las que se agregan las personas jurídicas estatales creadas por acto normativo y las personas jurídicas de derecho privado con fines públicos”. (Brewer Carías, p. 146), por lo que debe quedar meridianamente claro que, no todas las entidades administrativas que son parte de la Administración del Estado, están circunscritas dentro de la mencionada norma, sino que en este aspecto —como en todos— al Código Político se lo a de mirar en su contexto.

De este modo se destierra la concepción tradicional de que la Administración Pública se circunscribía a los órganos estatales que ejercía poder ejecutivo.

En este orden de ideas para los maestros españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) la Administración Pública es para el Derecho Administrativo una persona jurídica, personificación que constituye “el único factor que permanece

siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo". (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, p. 32); queda una vez más confirmado que, la administración pública es un ente sujeto de derechos, obligaciones y prohibiciones, tenga o no personería jurídica, en cuyo caso tiene personalidad jurídica, de tal suerte que dicho sujeto siempre será responsable de los actos, contratos y demás actuaciones administrativas que del mismo emanen.

De lo dicho se debe tener presente que, el carácter funcional del Derecho Administrativo, hace que los órganos de la administración pública, siempre estén activos, a través de la realización de sus actuaciones, tales como actos administrativos, contratos administrativos o el ejercicio de la potestad reglamentaria, esta serie de actividades desarrolladas siempre llevan al cumplimiento de cometidos, a la realización de fines superiores como es el bien común; esta serie de actividades realizadas por los entes estatales en el ejercicio de la función administrativa, no es otra cosa que la práctica jurídica de deberes y derechos, que la norma constitucional en unos casos y la legal en otros, le atribuyen a dichos órganos. Ante esto debemos reflexionar, si los órganos frente a este cúmulo de acciones y al sin fin de cometidos que desarrollan, actividad que es desde todo punto de vista jurídica; ¿significa entonces que dichos órganos para tal actividad o práctica requieren tener personería jurídica?; desde luego que la respuesta salta a la vista: no. Bien vale decir que las cosas son lo que son y no lo que se dicen que son, esto es las cuestiones jurídicas y sus instituciones valen por su real contenido y no por el nombre que ellas toman. De lo dicho, queda claro que la naturaleza jurídica de los

órganos que despliegan la función administrativa, son los de verdaderas personas jurídicas, esto es, entes capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, los mismos que se encuentran en la normativa jurídica vigente de cada Estado. En este punto cabe resaltar que el análisis efectuado, radica exclusivamente en el elemento sustantivo de la personalidad jurídica de la Administración Pública, por tanto debemos ser muy cuidadosos en no trasladar tales reflexiones al ámbito procesal, especialmente en lo relativo a la representación de las instituciones del Estado en el ámbito litigioso, en cuyo ámbito debemos atenernos principalmente a lo que manda la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en referencia consagra la personalidad jurídica única de la Administración Pública Central:

Art. 3.- Personalidad jurídica.- La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas.

La norma transcrita, guarda plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República, por lo que en este sentido queda claro que todos los órganos de la Administración Pública tienen personalidad jurídica.

Art. 9.- Personalidad jurídica.- La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única. Las entidades de la Administración Institucional de la Función Ejecutiva gozan de personalidad jurídica propia para el ejercicio de sus competencias.

Debe precisarse que estos artículos regulan exclusivamente la Función Ejecutiva. En concordancia con dicho artículo Gabino

Fraga (1994) indica que aquellos deben ser concebidos como unidades entre las que se divide la materia, la competencia que le corresponde en materia administrativa. Es decir, en ellos se distribuye o se delimitan esferas de competencia cuyo conjunto en palabras del mismo autor “forma la competencia misma del Estado”. Concluye citando a Donati, quien con maestría ilustra “Si se han negado a los órganos una personalidad jurídica propia, y si no son sino zonas de la persona del Estado, es natural que entre el Estado y cada uno de sus órganos no pueda existir ninguna relación jurídica, porque no se puede concebir relación alguna entre el todo y una de sus partes”. (Donati, Dir. Am, p. 77 citado por Gabino Fraga, 2004, p. 123).

Por su parte el artículo 7 del mismo ERJAFE regula a las entidades de derecho público a los que sí se les reconoce personalidad jurídica en virtud de la expedición de un acto legislativo o normativo (por ejemplo ordenanzas).

Art. 7.- De la administración pública institucional.- La Administración Pública Institucional, *está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central,* a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.

En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisional, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes. (Lo subrayado nos pertenece)

De modo que mientras que la Administración Pública Central con personalidad jurídica única es conformada por órganos a los

que se les atribuye esferas de competencia, la Administración Pública Institucional es un conglomerado de entidades con personalidad jurídica propia, creadas al amparo del artículo 226 de nuestra Norma Fundamental.

Un buen ejemplo de tales entidades es PETROECUADOR, empresa estatal que fue creada por acto legislativo.

Al respecto resulta ilustrativa la consulta formulada por PETROECUADOR a la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial N. 75 del 4 de Agosto de 2005:

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROECUADOR

CONSULTA:

¿Es aplicable en PETROECUADOR y sus empresas filiales el Decreto Ejecutivo No. 12 (publicado en el Registro Oficial No. 7 del 29 de abril del 2005), considerando que cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo y que a la vez, constituye política de Estado el reducir y eliminar el personal innecesariamente contratado en el Gobierno anterior, cuyos contratos, podrían igualmente finiquitarse, aplicando la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente, que ampara a los excluidos de la contratación colectiva, es decir aquellos funcionarios de libre nombramiento y remoción?

PRONUNCIAMIENTO:

La Función Ejecutiva está conformada por los órganos de la Administración Pública central e institucional, siendo estas últimas, entidades que gozan de personalidad jurídica, que en su gestión están adscritas a algún Ministerio, el cual ejerce la tutela administrativa, el control financiero y deci-

sional, y sus actividades y políticas se desarrollan de acuerdo a los planes y decisiones del Presidente de la República y de los respectivos ministerios de Estado.

En el caso de PETROECUADOR, según la Ley Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales, es una empresa estatal con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa, sujeta en su gestión empresarial, a dicha ley, a los reglamentos que expedirá el Presidente de la República, a la Ley de Hidrocarburos y a las demás normas emitidas por los órganos de la empresa, cuyo Directorio se integra en su mayoría, por representantes de la Función Ejecutiva, y está representada legalmente por su Presidente Ejecutivo.

Estas características excluyen a PETROECUADOR de pertenecer a las entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva, y por tanto de la observancia objetiva del Decreto No. 12 antes referido.

Del análisis de dicha consulta se distingue con nitidez el diferente régimen al que se someten la Administración Pública Central y la Administración Pública Institucional.

Consolidando lo argumentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de octubre de 1998 distinguió el régimen de las personas jurídicas de derecho público y derecho privado:

En nuestro sistema jurídico, las personas jurídicas pueden ser de dos clases: Las que pertenecen o corresponden al sector público; y, las que corresponden al sector privado.

Las primeras son creadas por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, o para la prestación de servicios públicos o para desarrollar activi-

dades económicas asumidas por el Estado, así como también nacen por acto legislativo seccional y con el propósito de prestar servicios públicos. Las segundas surgen de la voluntad de las personas naturales que se asocian con diversidad de propósitos y que reciben del Estado, a través de algún funcionario público, el reconocimiento correspondiente. TERCERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. p. 3635. (Quito, 15 de octubre de 1998).

Como hemos abundado, las personas jurídicas de derecho público son creadas por la Constitución, la ley y acto normativo seccional. Por su parte las personas jurídicas privadas nacen mediante el reconocimiento de funcionario público competente conforme lo señala el artículo 11 del ERJAFE:

Art. 11.- Atribuciones y deberes del Presidente de la República.- El Presidente de la República tendrá las atribuciones y deberes que le señalan la Constitución Política de la República y la ley:
(...)

k) Delegar a los ministros, de acuerdo con la materia de que se trate, la aprobación de los estatutos de las fundaciones o corporaciones, y el otorgamiento de personalidad jurídica, según lo previsto en el Art. 584 –actual 565- del Código Civil;

Es importante anotar que el artículo 565 del Código Civil prescribe que

Art. 565.- No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de

una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República.

Para concluir con este tema, que yo más bien denomino de la personificación de la Administración Pública, hemos de concordar que todos los órganos y los de la administración de modo esencial, en su composición tienen al menos dos partes a saber: la una formal o subjetiva y la otra, la objetiva de potestades y competencias.

Debe entenderse que, el Estado realiza su actividad total, por medio de órganos, sean éstos administrativos, legislativos o judiciales y cada uno de éstos tiene funciones de distinta naturaleza, que las cumplen en forma específica.

Manuel María Díez (1965) indica que desde el punto de vista objetivo “el órgano sería un centro de competencias, un centro de atribuciones, independiente de las personas físicas que en cada momento la recubriesen”; es decir, la administración será toda actividad que desarrollan los órganos del Estado, que cumplen con una función administrativa.

Mientras que desde el punto de vista subjetivo “el órgano de la organización administrativa sería la persona física, es decir los titulares que manifiestan la voluntad de la organización”. (Tomo I, p. 74).

De manera que a la administración se la considera en función de la estructura orgánica del Estado; es decir, constituye la Administración Pública toda actividad administrativa que cumple un órgano del Estado, para servir a interés y necesidades de orden colectivo.

Siguiendo el criterio debe Díez (1965) debe insistirse en que el carácter institucional del órgano “explica su continuidad e inde-

fertilidad”, carácter que no significa de ninguna manera que éste sea una persona jurídica. (Tomo I, p. 75).

Sobre la teoría del órgano el tratadista ecuatoriano Efraín Pérez (2008) resume que “el concepto de órgano puede estar o no atribuido a una persona jurídica; pero los funcionarios de esa entidad, también son considerados como órganos, para efectos del ejercicio de la competencia”. (Tomo I, p. 152).

De lo expuesto, resulta evidente la estrecha relación entre órgano y potestad/competencia que según lo ilustrado por el autor, se proyecta de forma clara en nuestra Carta Magna cuya consecuencia más importante radica en la responsabilidad única del Estado, el que está obligado a responder por sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad que tenga el funcionario, cuestión que se fundamenta en el artículo primero¹⁴ de la norma fundamental y se desarrolla en sus artículos 11¹⁵, 53¹⁶, 54¹⁷ y 233¹⁸.

¹⁴ Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

¹⁵ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales

Además de lo señalado, se debe tener presente, reitero que existen una serie de organismos, órganos e instituciones del Estado, que desde una visión material también realizan actividades administrativas, aún cuando orgánicamente no conformen la llamada función ejecutiva. Así, el legislativo, el judicial, el electoral, la función de transparencia y control social, las entidades que integran el denominado régimen seccional autónomo, las entidades creadas por la Constitución o la Ley, para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para el cumplimiento de actividades económicas asumidas por el Estado y por último, para mentar las del 225 del texto constitucional, las personas jurídicas creadas por gobiernos autónomos, mediante acto normativo, todas y otras también desarrollan actividades administrativas, en tanto sus actividades y actuaciones tienden a la satisfacción de necesidades ciudadanas, de una manera directa, inmediata, permanente, cuestiones que se cumplen a través de las distintas formas de actuación administrativa como son los actos administrativos, los actos de mero trámite, los hechos administra-

actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

¹⁶ Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

¹⁷ Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

¹⁸ Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

tivos, los reglamentos y por último los sistemas de contratación pública o también denominados contratos de la administración. Nótese que estas actividades cumplen un fin, a este permanente movimiento de acciones, actuaciones y en fin expresiones de voluntad del administrador, que persiguen un fin público (el bien común), se denomina función administrativa; de tal guisa que la función administrativa no es otra cosa que el cúmulo de actuaciones administrativas cumplidas por el Estado de manera directa o indirecta que persiguen el bien común, sin importarnos en sí el órgano del que provengan, sino la esencia y naturaleza de dichas actuaciones.

De otra parte, es importante tener en consideración dentro de la Constitución, la creación de un nuevo ente político seccional autónomo, como es el Gobierno Regional y toda la fuerza y potestad que se le da al mismo, debiendo observarse a la hora de los efectos jurídicos, de modo muy claro lo que señala sobre la fuerza normativa de sus preceptos, el artículo 425 inciso tercero de la norma matriz, cuando señala el principio de competencia normativa, para referir que las normas orgánicas de dicho ente y la norma estatutaria, le han de asignar las competencias exclusivas de dicho ente, cuestión similar a lo anotado sucede con los Gobiernos Distritales Metropolitanos.

Amén de lo anotado, no se debe dejar de anotar la existencia de organismos tales como el Banco Central, La Procuraduría General del Estado, El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, todas ellas conforman las denominadas entidades públicas, las que conforme anota Patricio Secaira (2004) son las formas jurídicas que la administración pública adopta para garantizar los servicios y prestaciones a ellas encomendadas.

De todas maneras y a modo de conclusión diremos que la administración pública es una persona jurídica y por tanto sujeto de derecho, pues sólo de ese modo se puede explicar el carácter

funcional del mismo y las distintas relaciones jurídico – administrativas que sus diversos órganos, aparatos, entes o instituciones despliegan.





ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Complejo orgánico



Personería jurídica

PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Sujeto de:
Derechos
Obligaciones
Prohibiciones.

PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ES UNA PERSONA JURÍDICA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL

Administración pública →
persona jurídica única para
cumplir fines

↓ (Integrada)

Por organismos →
competencias asignadas

Conformada por
entidades con
personalidad
jurídica propia.



Lección 3. El procedimiento administrativo. El procedimiento como garantía. Marco normativo. Clases de procedimientos. Principios generales del procedimiento administrativo. Disposiciones generales sobre procedimientos administrativos.

Para iniciar y ubicarnos en el estudio del procedimiento administrativo, me parece ilustrativo poner de punto de partida la distinción que en el proceso hace el profesor argentino Roberto Dromi, quién distingue dos etapas procedimentales:

Una primera, de *formación* de la voluntad administrativa, tanto de origen unilateral o bilateral, como de efectos individuales o generales; y otra de *fiscalización, control e impugnación*, que comienza cuando la primera concluye. La participación de los administrados tiene lugar en los dos momentos. En la primera por vías de *vistas, peticiones, observaciones*, etc., y en la segunda por vía de *reclamaciones y recursos administrativos*. Es de la esencia del procedimiento administrativo regular la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa, ya sea a través del derecho de petición o del ejercicio del derecho de recurrir. Comprende tanto el procedimiento que regula formulación de acto (constitutivo) como su cuestionamiento y fiscalización (impugnativo). (p. 31).

La unidad estructural y formal del procedimiento administrativo a través de la coordinación de actos encadenados a la preparación de la actividad administrativa, materializa "la relación jurídica sustantiva entre Administración y administrado" con gran significación jurídica en virtud de que afecta derechos subjetivos públicos. (Dromi. p. 33).

El procedimiento administrativo debe procurar que la relación jurídica que se traba entre la Administración y el administrado,

asegure tanto las situaciones subjetivas de la Administración como la tutela de los derechos subjetivos de los administrados. Al respecto, resulta muy explicativa la conclusión de Dromi: *"La tutela debe alcanzar al individuo contra el Estado y al Estado contra el individuo"*. (p. 34).

En ese sentido, dicho procedimiento debe salvaguardar la vigencia del debido proceso que a criterio de Manuel María Díez comprende el derecho a ser oído y el derecho a ofrecer y producir las pruebas de descargo de que quiera valerse. (Manuel María Díez, Tomo V, pp. 227-235); cuestión esta última que está recogida de modo esencial en el artículo 76 número 7 de la actual Norma Fundamental¹⁹; artículo que transcribo por la importancia de sus efectos en todas las actuaciones administrativas.

¹⁹ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

Finalmente, teniendo en cuenta las particularidades y los principios del procedimiento administrativo a manera de colofón del acápite, resulta muy comprensible la conceptualización de Patrio Secaira (2005):

El procedimiento administrativo es todo el conjunto de actividades administrativas mediante el cual el sujeto activo satisface las necesidades o pretensiones del sujeto pasivo. Constituye un sistema al cual está confiado el cumplimiento de los requerimientos de los administrados. Al procedimiento le interesa la satisfacción plena del servicio público en sede administrativa únicamente; es por tanto el conjunto de operaciones administrativas que deben cumplirse para lograr el pronunciamiento del órgano público. (p. 157).

En fin de cuentas, debemos ver al procedimiento administrativo, como una garantía que tiene todo ciudadano para alcanzar de la administración pública en principio y luego de la función judicial o del constitucional, la tutela efectiva de sus derechos, esto en

-
- f. Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
 - j. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k. Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
 - m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

orden a que toda actividad del Estado, a través de cualesquiera de sus funciones siempre ha de guardar apego y sujeción al principio de juridicidad, todo esto con arreglo a lo prescrito de forma general en el artículo 75 de la Norma primera del Estado.

El procedimiento administrativo

En un sentido amplio, la actividad coordinada a un fin se denomina procedimiento que, en el ámbito jurídico, se compone de una sucesión concatenada de actos, a la cual el ordenamiento jurídico le confiere determinados efectos. A este conjunto de actos concatenados y yuxtapuestos, que de manera coordinada se orientan a garantizar al ciudadano la vigencia de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, es lo que se denomina también Justicia Administrativa o Procedimiento Administrativo.

El procedimiento adquiere mayor importancia, cuando se lo analiza desde la perspectiva de la actividad estatal, materializada a través de las resoluciones de los poderes públicos. Bien reseña Manuel María Díez (1965), que este fenómeno se refiere a todas las funciones del Estado, por lo que, puede hablarse sin dejar de lado las particularidades de cada procedimiento, de un procedimiento judicial, un procedimiento legislativo y un procedimiento administrativo. (Tomo V, p. 218).

En lo atinente al procedimiento administrativo, debe señalarse que aquel no se encuentra rigurosamente regulado, dados “sus aspectos particulares derivados de la complejidad de la organización de los entes públicos, del sistema de control y de la intervención estatal sobre la actividad de los entes jurídicos menores, además del recíproco sistema de consultas entre los distintos entes dispuestas por el ordenamiento jurídico”. (Manuel María Díez, 1965, Tomo V, p. 218); en el caso ecuatoriano basta con mirar que no tenemos una normativa jurídica única, que regule a nivel de la administración del Estado los procedimientos admi-

nistrativos; debiendo anotarse que, en muchas ocasiones a nivel de la administración centralizada, que se entiende está regulada por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, existen entidades que tienen su propio procedimiento, como por ejemplo el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, cuyo procedimiento está normado por el marco regulatorio de la Ley de Propiedad Intelectual, cuestión similar ocurre en otra serie de entidades.

Sin perjuicio de las dificultades anotadas, la doctrina en virtud de lo glosado por Manuel María Díez (1965), ha establecido que para que la combinación de actos pueda dar lugar al procedimiento, será necesario que concurren los siguientes requisitos, que transcribimos a continuación:

- a) Que cada uno de los actos convenidos conserve íntegramente su individualidad.
- b) Que la conexión entre los actos radique en la unidad de efectos jurídicos.
- c) Que los aspectos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone el anterior, y el último supone el grupo entero. El efecto pertenece al último acto, pero él se produciría si no estuviese precedido por los otros, cuyos efectos singulares están precisamente encaminados a la preparación de aquel otro; a este efecto se procede desde el primero al último de los actos coordinados y de ahí que la coordinación se le haya dado desde hace mucho tiempo el nombre de procedimiento. De allí, entonces, que se haya dicho que el procedimiento es una combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados causalmente entre sí. Se ha definido el procedimiento diciendo que es una serie de actos heterogéneos emanados de la administración y del particular, dirigidos a la producción de un acto administrativo adecuado para

el ordenamiento jurídico, o también de la efectividad de ese mismo acto.

Concluye de manera muy acertada el profesor Diez (1965) que:

Lo que constituye el procedimiento no son los actos que encauza y endereza ni los tiempos y fases en que se divide, sino el complejo de circunstancias que caracterizan un especial modo de sucesión. El procedimiento es un modo de sucesión, un orden y una forma de proceder; es una ruta que debe seguirse para alcanzar un resultado práctico. (p. 220).

En base a lo enseñado por el mismo autor, podría condensarse que el procedimiento es un concepto puramente formal, subordinado a un fin constante en la producción, de un acto derivado de la sucesión de actos regulados por el Derecho. En el caso que nos ocupa el procedimiento deviene de una noción formal y se encuentra investido de un carácter jurídico administrativo, por lo que se colige que su naturaleza corresponde al Derecho Público, cuyas tres fases constituyen la preparatoria, la constitutiva y la integrativa de la eficacia. (Manuel María Diez, Tomo V, p. 227); de tal suerte que, hablando dialécticamente, el sentido de causalidad dentro del sistema procesal es esencial, puesto que el acto anterior da como resultado un posterior, que se funda o motiva en aquel, de manera que no puede existir un efecto si no hay una causa, como veremos posteriormente, si se produce inclusive un acto sin causa, el mismo es inválido, pudiendo llegar a anularse el trámite desde ese momento procesal.

En este contexto, sugestivamente Roberto Dromi (1999) instruye: "El procedimiento es en rigor respecto de la voluntad administrativa, lo que el acueducto al agua, el conducto por el que transita —en nuestro caso— en términos de Derecho, la actuación administrativa". (p. 30); pero no se olvide que por dicho acueduc-

to no deja correr permanentemente agua y si se produce tal hecho, el canal pierde su razón de ser.

El procedimiento administrativo, se encuentra en un plano de paridad procesal con los procedimientos legislativo y judicial “pero limitado específicamente a la preparación e impugnación de la voluntad nacida en ejercicio de la función administrativa”. (Dromi, p. 30).

Concretamente el procedimiento administrativo se compone de las formalidades y trámites que debe acatar la Administración en ejercicio de su actividad pública como también los administrados “en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de función administrativa”. (Dromi, p. 31).

Por lo analizado, el procedimiento administrativo constituye la serie de curiales y formalidades que la Administración debe cumplir, en el ejercicio de sus funciones propias, con el fin de emanar su voluntad en aras de la consecución de los fines públicos.

Ahora bien, corresponde delimitar las fronteras en las que se desenvuelve la actividad administrativa. La doctrina ha convenido que el Derecho Administrativo materializa y confiere un alcance efectivo a los derechos contenidos en las normas y garantías constitucionales en razón de que se desenvuelve en un ámbito dinámico que, requiere de transformaciones constantes para alcanzar la concreción de los fines públicos.

Por último y para concluir este acápite, nos debe quedar claro que conforme señalan los profesores García Enterriá y Ramón Fernández, en la obra ya citada, el procedimiento administrativo no es un acto complejo, sino un complejo de actos, que como veremos a lo largo de esta obra, prosigue fortalecer el principio de juridicidad, el restablecimiento de la legalidad cuando ésta ha

sido vulnerada y la satisfacción de necesidades colectivas, en orden a conseguir el bien común.

El procedimiento como garantía

Conforme habíamos analizado con detenimiento en el capítulo primero, el principio de legalidad constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, al cual se halla sometida toda actividad pública. Con acierto manifiesta Dromi (1999) que la “legalidad, conformadora y limitadora de la actuación pública, asegura a los administrados la disposición de una variedad de remedios sustantivos y vías formales, para efectivizar la fiscalización y el control de la Administración pública. La Constitución y las leyes definen las atribuciones del poder público y a ellas debe sujetarse su ejercicio”. (p. 212).

De modo que el respeto al principio de legalidad, investido de abolengo constitucional se erige como una garantía suprema del ciudadano, dado que impone al Estado “el respeto a la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad jurídica, control y responsabilidad jurídica, consecuencia todas del Estado de Derecho, como modelo adoptado para la organización pública”. (Dromi, 1999, p. 212).

En este escenario, la doctrina ha sido unánime en defender que toda actividad de la autoridad administrativa, debe circunscribirse a normas preestablecidas, concebidas como fronteras dentro de las cuales debe desenvolverse el obrar administrativo. Refiriéndose a este extremo demarcatorio, el constantemente citado tratadista argentino Roberto Dromi (1999) explica que “éste tiene una significación objetiva, por ser, simultáneamente, la línea delimitadora de los comportamientos ‘permitidos’ y la empalizada que impide los comportamientos ‘prohibidos’. Ello motiva el ‘bloque de legalidad’, o ‘principio de juridicidad’”. (p. 214).

Habiendo analizado antes, que el procedimiento administrativo es el cauce formal a través del cual se desenvuelve y manifiesta la actuación administrativa, debe estatuirse que en virtud del principio de legalidad, se alumbra y se delimita al procedimiento administrativo, por lo que constituye una condición esencial para su existencia. (Dromi, 1999, p. 61).

Por lo expuesto en el capítulo primero, nuestra norma fundamental en su artículo 226 consagra el principio de legalidad, así como el derecho de petición (Art. 66, número 23), la motivación de las resoluciones de los poderes públicos (Art. 76, numeral 7, literal I), el debido proceso y el principio de responsabilidad de la actividad administrativa (Art. 233 de la Constitución) configuran de modo general el entramado normativo constitucional que regula el procedimiento administrativo, mismo que se vincula estrechamente con el derecho a la seguridad jurídica y la responsabilidad objetiva del Estado (Art. 82 de la Constitución).

Con propiedad reflexiona Dromi (2005) en su Tratado de Derecho Administrativo que “el procedimiento tiende no sólo a la protección subjetiva del recurrente, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo. Como consecuencia de este principio, el procedimiento se caracteriza por ser instructorio, de impulsión de oficio y con objetivos de verdad material”. (p. 1171).

Para configurar el criterio jurisprudencial, respecto del tema que estamos abordando, es menester citar el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución de 27 de Febrero de 1998:

Enseña la doctrina, que lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el debido

proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras el de legítima defensa. De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las leyes. En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificara la resolución adoptada.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. p. 2985. (Quito, 27 de febrero de 1998).

Para concluir, quiero insistir en que la garantía del derecho, no es otra cosa que las herramientas, acciones o protecciones que el Estado otorga al ciudadano, para que haga valer sus derechos o intereses, ante los órganos de la Administración, judiciales o constitucionales, según sea el caso. Así mismo, debo dejar presente que en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, los operadores de la justicia, en cualquier nivel, no sólo que deben mirar la fría aplicación de la norma como marco regulatorio de su actuación, sino que deben observar irrestrictamente que sus decisiones han de mirar con objetividad la satisfacción del bien común, cuestiones que aparecen recogidas en los preceptos constitucionales expresadas en el capítulo octavo del título segundo y a partir del artículo 75 de la Constitución.

He señalado en reiteradas ocasiones que la justicia administrativa comprende el estudio de las garantías de la administración, para el cumplimiento de sus objetivos, mismos que deben enmarcarse

dentro de la eficacia, excelencia, calidez, calidad, moralidad y justicia; y así mismo he dejado expresado de las garantías que debe tener el ciudadano, para asegurar la juridicidad de la administración respecto de los derechos e intereses de aquel; por lo tanto, “la Justicia Administrativa comprende institucionalmente el estudio sistemático, orgánico y procesal de todas las garantías que tiene el administrado para la correcta y justa aplicación de la legalidad por la administración. (...) El conjunto de principios y procedimientos que establecen recursos y garantías de que disponen los particulares para mantener sus derechos”; como dijimos en nuestro ensayo sobre el control de la administración y la justicia constitucional, en la obra colectiva *Descentralización, Administración Pública y Constitución* (2005). (p. 73).

Marco normativo

En virtud de que las normas constitucionales, que delinear el contorno normativo del procedimiento administrativo en el Ecuador, fueron previamente examinadas, nos corresponde referirnos a ellas brevemente, para adentrarnos en el sistema normativo de menor jerarquía que desarrolla el marco jurídico del procedimiento administrativo.

El artículo primero de la norma fundamental establece que:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

A esta disposición constitucional se ligan armónicamente las demás garantías constitucionales que demarcan absolutamente todos los procedimientos administrativos, cuyo eje constituye el principio de legalidad (Art. 226 CRE), al que se vincula el derecho de petición (Art. 66, número 23 CRE), el derecho a la seguridad jurídica (Art. 82 CRE) y el debido proceso (Art. 76 CRE) el cual engloba el principio de tipicidad administrativa (Art. 76, número 3 CRE) y la motivación de los actos administrativos (Art. 76, número 7, literal l) CRE). Se suman también a estas disposiciones constitucionales las normas de la Carta Magna correspondientes a la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de su actividad administrativa (Art. 233 CRE), y la responsabilidad objetiva del Estado (Arts. 53 y 54 CRE), estructura constitucional del procedimiento administrativo que termina de integrarse con la revisión jurisdiccional de los actos administrativos (Art. 173 CRE) que tiene relación directa con el acceso a la justicia, el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de los derechos del debido proceso, que a la luz del artículo 76, numeral 1, de la Carta Magna son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades administrativas como judiciales.²⁰

En el ámbito legal, la Ley de Modernización del Estado expedida el 31 de Diciembre de 1993, se estatuye requisitos y principios comunes a todos los procedimientos administrativos. El artículo 18 de dicho cuerpo legal prohíbe al Estado y a las entidades públicas que conforman la administración pública, exigir a los

²⁰ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

administrados, personas naturales o jurídicas, pruebas distintas o adicionales de aquellas expresamente señaladas por la Ley, en los procesos administrativos, así como informaciones sumarias para probar hechos que no han sido controvertidos con lo que, se admite la información proporcionada por el administrador en su solicitud o reclamación, restringiendo a los funcionarios a solicitar de modo imperativo documentos o prácticas de diligencias que no estén específicamente previstos para el respectivo asunto.

Del mismo modo el artículo 28 de la aludida Ley, desarrolla el derecho de petición estableciendo que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto, con lo que se consolida la institución del silencio administrativo que lo analizaremos en los capítulos correspondientes al acto administrativo y a la inactividad administrativa.

Asimismo el artículo 38 prescribe que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. Debe anotarse que mediante esta ley se eliminó la exigencia de agotar la vía administrativa para la proposición de acciones judiciales en contra del sector público. Sin embargo dicho artículo prescribe que, al iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

Finalmente mediante esta norma legal se instituyó la competencia exclusiva del Ejecutivo en la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos regulada a través de la expedición de un decreto

ejecutivo de creación del nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, transformable en lo sucesivo mediante decretos presidenciales de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública, cuestión que fue recogida más tarde por la norma constitucional y que a la actualidad se encuentra prescrita en el artículo 147 número 5 de dicho cuerpo normativo.

En este contexto, resulta fácil comprender que sea el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Administrativa, el cuerpo normativo que rige con mayor dedicación el procedimiento administrativo:

Art. 88.- Competencia y procedimiento.- Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, sea de oficio o a instancia del interesado, se expedirán por el órgano competente y acorde al procedimiento establecido.

A continuación su artículo 121 regula la producción y normativa de los actos administrativos en el que se preserva el principio de legalidad y se determina que el contenido de los actos será determinado y adecuado a los fines de aquellos así como se señalan sus elementos sustanciales.

Lo importante de recalcar en este punto es la competencia del órgano, cuestión que ha sido ya tratada en el capítulo primero y que luego será profundizada en el capítulo cuarto, al hablar del acto administrativo, empero de ello, es menester recalcar que la competencia está imputada al órgano por la norma de tipo legal o que tenga fuerza material de ley y las potestades están destinadas a los órganos mayores del Estado por la norma constitucional.

Dado que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, un Código de Procedimiento Administrativo que uniforme que sistematice los procedimientos administrativos, se explica la proliferación de normas que regulan de modo individual procedimientos de enti-

dades que al no ser parte de la Administración Pública Central e Institucional, no se rigen al ERJAFE y por tanto se encuentran dotadas de su propia normativa. Al efecto resulta imperativo tener en cuenta la jerarquía de la normativa que rige el procedimiento concreto, en virtud del artículo 133 de la Constitución que ordena que una ley ordinaria no pueda modificar una ley orgánica, para determinar su sujeción a las prescripciones de la Ley de Modernización del Estado, de carácter ordinario.

Clases de procedimientos

La doctrina ha distinguido tradicionalmente dos tipos de procedimientos administrativos “el *constitutivo* o de preparación y emisión de actos administrativos y el *impugnativo* o recursivo de la voluntad administrativa”. (Dromi, 1999, p. 113).

El tratadista argentino Roberto Dromi (1999) manifiesta que si bien la distinción es real y alude a dos momentos *distintos del iter* procedimental “no se puede erigir ninguna de ellas en una categoría jurídica distinta, ni tampoco una de ellas puede absorber el contenido *integrum* del procedimiento administrativo con exclusión de otra”. (p. 114).

Siguiendo lo enseñado por el mismo autor (1999), debe anotarse que el procedimiento de impugnación también implica un procedimiento de producción de nuevos actos administrativos que deciden sobre la impugnación. (Dromi, p. 112).

Aglutinando adecuadamente tales conceptos, el mismo autor (Dromi, 1999), expone:

(...) los principios jurídicos son comunes en cualquiera de las etapas procedimentales. Es incorrecto afirmar que son dos procedimientos distintos. Son dos etapas de un procedimiento único con un solo régimen jurídico, aunque se distingan momentos y a las etapas se las llame de distinto modo: de

“constitución” y de “impugnación”, de “primer grado” y de “segundo grado”. Lo esencial del procedimiento es la tramitación de impugnación de los modos jurídicos de exteriorización de la voluntad administrativa (actos, hechos, reglamentos, simples actos y contratos). (Dromi, 1999, p. 112).

Sin embargo de lo anotado, Fernando Garrido Falla, nos recuerda que desde Jellinek, se acostumbra a dividir las garantías que tienen los ciudadanos en un Estado de Derecho, en sociales, políticas y jurídicas. (Tratado de Derecho Administrativo Volumen III p. 17).

Del mismo modo, es necesario remitirnos brevemente a la tensión suscitada entre el binomio fundamental: *procedimiento general* y *procedimientos especiales*, surgida tanto en el ámbito legislativo como académico que enfrenta “las permanentes pretensiones unificadoras” con la imperiosa necesidad de dotar al Poder Ejecutivo de un procedimiento de actuación que a la postre se traduce en la proliferación de procedimientos especiales, a criterio de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), encuentra algo de sosiego en el “terreno de los principios que informan la institución”. (Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, p. 460).

Principios generales del procedimiento administrativo

No olvidemos que el procedimiento administrativo, constituye un cauce formal tanto para el ejercicio del poder de la Administración Pública, como para la materialización y defensa de los derechos de los ciudadanos; por tanto, me parece en este momento importante diseñar sus principios fundamentales, que en su mayoría devienen de las garantías civiles y al debido proceso consagradas en la norma fundamental previamente analizados así

como su artículo 169²¹ que adquiere principal importancia en el tema que nos ocupa.

Conforme se ha venido desarrollando a lo largo de la obra, el fin primordial del Estado radica en la protección y promoción de los derechos humanos; en ese sentido las garantías del debido proceso modulan los mecanismos mediante los cuales se efectivizan los derechos de los ciudadanos al tiempo que delimitan las fronteras y los límites dentro los cuales han de ejercer sus funciones los órganos de poder público.

El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que:

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

Debe indicarse que, dicha norma no se circunscribe exclusivamente al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se infiere que “la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses” de los ciudadanos, no sólo es exigible únicamente en vía jurisdiccional; al referirse el texto constitucional al acceso a la justicia, debe mirarse dicha norma constitucional íntegramente, lo que obliga a que la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, debe consagrarse en todo proceso. Al respecto el artículo 76, número 1 de la Norma Fundamental, consagra que:

²¹ Artículo 169, CRE.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

A la luz de estas garantías constitucionales, debe mencionarse que, el intento de señalar los grandes principios que norman el procedimiento administrativo, esfuerzo denodado y permanente de los estudiosos del Derecho Administrativo, no sólo descansa sobre la necesidad de dotarle al procedimiento administrativo de “un entramado común”, sino que la esencia última de dicha Institución radica “en su triple dimensión de vehículo de participación de los administrados en la elaboración de las decisiones administrativas, de mecanismo de garantía de los derechos de los particulares y de cauce para la pronta y eficaz satisfacción de los intereses generales”. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Madrid, p. 473).

A continuación nos referiremos a los principios compilados por Manuel María Díez (1965), a los cuales agregaremos otros glosados por la doctrina:

a) Principio de legalidad objetiva

Marcando necesarias distancias con el criterio doctrinario de Manuel María Díez regido por una visión predominantemente legalista del procedimiento administrativo que ahora se modula por las fronteras marcadas por el principio de juridicidad, es importante destacar que el procedimiento administrativo además de la protección y promoción de los derechos de los administrados se orienta a la salvaguarda de la norma jurídica objetiva con “el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funciona-

miento administrativo”, en concordancia con la vigencia del orden jerárquico del ordenamiento jurídico. En ese sentido Fernando Garrido Falla (2002) señala como rasgo primordial del principio de legalidad, la primacía jurídica de la Constitución y la Ley en un sentido material, lo que implica la sumisión total de la actividad administrativa al bloque de legalidad, advirtiéndose una relación inescindible con el principio de jerarquía, los cuales presiden tanto la expedición de normas de rango constitucional como legal, así como las emanadas del Poder Ejecutivo. (Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, p. 18).

En el capítulo precedente se analizó abundantemente este principio que se erige como el principal fundamento de la actividad administrativa, al constituir su fuente y su columna vertebral y se lo estatuye en el artículo 226 de nuestra Constitución.

No obstante, es oportuno señalar varios principios de la legalidad a la luz de los criterios doctrinarios:

- La Actividad Administrativa debe observar la ley fundamental, vale decir, la Constitución;
- La Actividad Administrativa no puede infringir las leyes;
- Las Autoridades Administrativas no pueden dictar resoluciones de tipo concreto que desconozcan lo que la misma autoridad haya dispuesto por vía general;
- Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán vulnerar los preceptos contenidos en disposiciones dictadas por autoridades de un grado superior;
- Las disposiciones administrativas concretas, no podrán vulnerar lo establecido en las disposiciones de carácter general dictadas por autoridad inferior dentro del límite de la competencia.

Debemos afirmar que la legalidad del acto administrativo, implica sumisión al orden jurídico por parte de la actividad administrati-

va, aún cuando no se ha señalado cual es la naturaleza de dicha sumisión. Al respecto han surgido dos teorías:

a.- La administración no tiene como misión exclusiva el aplicar la ley, por cuanto en el Estado de Derecho lo único que se pide es respetar el ordenamiento jurídico.

b.- Las atribuciones de la administración tienen apoyo inmediato en la ley, en consecuencia no hay ningún tipo de actividad administrativa que no haya sido antes encomendada por el legislador.

b) Principio de contradicción

En un sentido amplio, el principio de contradicción implica la garantía de la participación activa de los interesados en el desarrollo de todo proceso en el que se ventilan sus derechos e intereses legítimos, lo que desde luego, presupone la presencia de los administrados en todas las diligencias que anteceden a la emisión de una resolución definitiva, lo que implica primordialmente la práctica de pruebas, la formulación de alegaciones, el acceso a los informes, dictámenes y actuaciones previos a la emisión del acto administrativo que los afecta así como la interposición de recursos.

El principio de contradicción se apalanca con el principio de igualdad, en el sentido que resguarda que los mecanismos de los cuales el ordenamiento jurídico inviste a los administrados para hacer valer sus derechos, a fin de que los mismos efectivamente se cumplan sin ninguna restricción. Como bien aluden García de Enterría y Tomás Fernández “en términos constitucionales no hay, pues, procedimiento válido si no existe igualdad de oportunidades entre las partes en cada una de las piezas, trámites o momentos procesales, esto es si no existe un auténtico debate contradictorio tanto sobre los hechos como la calificación jurídica (Sentencia Constitucional de 10 de abril de 1981)”. (Eduardo

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Madrid, p. 475); este principio se encuentra recogido en el artículo 168 número 6 del actual texto constitucional.

Al respecto el artículo 152 del ERJAFE, número 3, establece:

Art. 152.- Actuación de los interesados.

(...)

3. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

c) Principio de oficialidad

Sin perjuicio del principio de contradicción al que aludimos previamente, la impulsión de oficio del procedimiento administrativo deviene del interés público que rige la relación Administración Pública-administrado, que desde luego trasciende sobre la esfera individual de derechos de los administrados cuya satisfacción de intereses legítimos constituye un solo cariz de su finalidad, que en esencia radica en la satisfacción del interés colectivo a través de la sujeción de las actuaciones de poder público al principio de juridicidad, lo que impone su obligación de agotar cuantas acciones estime convenientes a fin de dar contenido a los derechos de los administrados. En palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) “la Administración, gestora del interés público, está obligada a desplegar por sí misma, ex officio, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés, sea cual sea la actitud, activa o pasiva, que puedan adoptar los particulares que hayan comparecido en el procedimiento (...)” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Madrid, pg. 475). Abunda Manuel María Díez (1965) sobre dicho principio, manifestando

que el principio de oficialidad que impone la obligatoriedad a la Administración Pública de impulsar el proceso, se fundamenta en que “la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacer simplemente un interés individual, sino también un interés colectivo y el propio interés administrativo; de allí que la inacción del particular no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento”. (Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo V, p. 187).

Al respecto el ERJAFE recoge dicho principio en los siguientes artículos:

Art. 141.- Impulso.

1. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la responsabilidad administrativa del infractor en los términos previstos en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y en la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada.

En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogenea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

Art. 145.- Actos de instrucción:

1. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los

interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

Art. 182.- Impulso.- El procedimiento se impulsará de oficio y, de acuerdo al criterio de celeridad, se dispondrá en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, no requerirán de un cumplimiento sucesivo.

Como enseñan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) dicho principio obliga a la Administración a impulsar todas las diligencias necesarias tendientes a llegar a una decisión final sin la necesidad de ser excitada por los particulares como ocurre en el ámbito de la jurisdicción civil. (Tomo II, p. 479).

d) Principio de igualdad

Dicho principio es la manifestación de un precepto constitucional primigenio que radica en un tratamiento igual para situaciones iguales, proscribiendo en este contexto, discriminaciones de ningún tipo; en un sentido amplio en el procedimiento administrativo, todo administrado deberá gozar del mismo trato.

Dicho principio de raigambre constitucional prescrito en los artículos 66, número 24²² y 76, número 7, letra c)²³ se lo desarrolla en los artículos 152 y 170 del ERJAFE.

²²Artículo 66, número 4, CRE: Se reconoce y garantizará a las personas: Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

²³Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

(...)

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

Principio de informalismo a favor del administrado

Este principio denominado también “*in dubio pro actione*” consagra que en aras de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción debe procurarse la superación de obstáculos de índole formal, privilegiando el tratamiento de las cuestiones de fondo que permitan la adopción de una resolución final. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, p. 478).

Dicho principio cincelado cuidadosamente por jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, de acuerdo a lo resumido por Manuel María Díez (1965), involucra que la interpretación de las reclamaciones administrativas deba realizarse con espíritu de benignidad a favor de los administrados, mas no por la Administración, que inexcusablemente debe cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto de su modo de actuación, de conformidad con el principio de juridicidad. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, p. 188).

Tal interpretación guarda perfecta armonía con el principio constitucional que impone que la interpretación de sus normas debe realizarse en el sentido más favorable a los derechos fundamentales (Arts. 424 y 426 CRE)²⁴.

²⁴ Art. 424, CRE.- La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Art. 426 CRE Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

El mismo cuerpo jurídico en su artículo 152 consagra dicho principio

Art. 152.- Actuación de los interesados:

1. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.
2. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de un profesional del derecho cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses; y,
3. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

e) Principio de economía procesal

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 75 de la Norma Primera, el derecho de toda persona al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, guarda plena relación con el principio de economía procesal; conforme vimos al inicio del capítulo, el artículo 169 de la Constitución de la República recoge los principios que deben regir el sistema procesal, entre los cuales se estatuye el principio de economía procesal que se proyecta en los principios de simplificación, eficacia y celeridad. En este sentido, debe anotarse que, el principio en estudio impone a la autoridad judicial o administrativa, la obligación de prever en los casos sometidos a su decisión, soluciones tendientes a lograr la conservación de los actos, subsanando sus defectos formales, o propendiendo a la unificación de expedientes homogéneos en un procedimiento sumario. Desde luego dicho principio no implica el menoscabo de los demás, que se articulan

al debido proceso, pues, a título de promover la eficacia en el procedimiento administrativo, no puede sacrificarse los derechos fundamentales y los principios que rigen la estructura administrativa, como el de legalidad y el de jerarquía; García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), sobre la base de lo dictaminado por el Tribunal Constitucional Español (Sentencia constitucional de 24 de julio de 1981), que concluyó que el principio de economía procesal es lógicamente inferior en una escala axiológica a los principios procesales, indican que dicha colisión radica más en un problema de equilibrio de principios de rango diverso, más que de oposición frontal. (Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, p. 477).

Al respecto el artículo 142 del ERJAFE establece:

Art. 142.- Celeridad:

1. Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.
2. Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto.

f) Principio de Publicidad

El principio de publicidad constituye un derecho fundamental del administrado en el procedimiento pues involucra el principio de participación democrática del ciudadano respecto al manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios que ejercen potestades públicas, parafraseando el primer considerando la Ley Orgánica de Acceso y Transparencia a la Información Pública. El artículo 18 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

A la luz de este artículo, podemos extraer que el derecho de acceso a la información, no tiene otro límite que los casos expresamente establecidos en la ley, que en nuestro ordenamiento jurídico los regula la Ley Orgánica de Acceso y Transparencia a la Información Pública (LOTAIP) que determina excepciones al acceso de información confidencial y que entrañe derechos personalísimos y fundamentales; por dicha razón, la común exigencia tan abusiva como generalizada en las instituciones públicas, de permitir el acceso a archivos solo a los titulares que demuestren derechos subjetivos o intereses legítimos y directos, transgrede tanto la norma constitucional como la ley orgánica en cuestión.

Al respecto el artículo 5 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece:

Art. 5.- Información Pública.- Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.

En sujeción a los límites trazados por las garantías fundamentales, desarrollados en la LOTAIP, resulta ilustrativa la siguiente consulta absuelta por la Procuraduría General del Estado, en el que se restringe el acceso a los “memorandos de antecedentes” de la Contraloría General del Estado, principalmente por constituir un documento previo a la resolución que contiene información que podría afectar la honra y la imagen de los involucrados en el mismo:

OFICIO P.G.E. 11753 de 24-09-2004

ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

BASE LEGAL: Constitución Política de la República. Arts. 23, 81 y 94.

Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública. Arts. 1, 6, 17 y 18.

CONSULTA:

¿Es procedente que la Contraloría General del Estado entregue a los requirentes de información pública, el documento denominado “Memorando de Antecedentes o Memorando de Responsabilidades”, que como papeles de trabajo, se acompaña al informe de Auditoría Externa y también al informe de Auditoría Interna?

PRONUNCIAMIENTO:

Toda vez que los “memorandos de antecedentes o de responsabilidades”, no son ni contienen una decisión del

Organismo de Control, sino que constituyen únicamente un instrumento de trabajo que permitirá adoptar la resolución pertinente por parte del órgano administrativo competente, considero que no constituyen “información pública”, tanto más si se considera el hecho de que pudieran contener la imputación de alguna acción u omisión irregular respecto de una persona, pues es evidente que su difusión afectaría severamente su derecho a la honra.

En consecuencia, considero que los memorandos de antecedentes o memorandos de responsabilidades, no constituyen información pública que pueda ser difundida, salvo que exista orden judicial expresa que así lo disponga.

En este orden de ideas, cabe mencionar que la doctrina ha identificado básicamente limitaciones de dos tipos, el primero radica en la protección del derecho de intimidad debiendo resguardarse registros que puedan poner en peligro dicho derecho, y el segundo radica en la seguridad del Estado.

A su vez, sobre esta garantía, el Art. 50-B del ERJAFE dispone:

Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva respetarán y garantizarán el derecho ciudadano a vigilar y fiscalizar los actos del poder público consagrado en el Art. 26 de la Constitución.

En este sentido, ningún funcionario podrá negar a los ciudadanos el acceso a la documentación que se halle en su poder en razón de sus funciones a su cargo o de archivos que se hallen en su custodia. Excluyéndose aquellos que la ley los haya declarado reservados.

El incumplimiento de esta disposición y la consiguiente lesión de los derechos constitucionales de los ciudadanos serán sancionadas conforme al Art. 213 del Código Penal²⁵.

g) Principio de debido proceso

El principio constitucional de la defensa en juicio del debido proceso, es aplicable en el procedimiento administrativo. Derivado de este principio surge el derecho de ser oído. (...) Según Manuel María Díez (1965), el derecho a ser oído presupone:

1. Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas.
2. Oportunidad de expresar sus razones ante la emisión del acto administrativo y, desde luego, también después.
3. Consideración expresa de sus argumentos y las cuestiones propuestas en cuanto sean condicionantes a la solución del caso.
4. Obligación de decidir expresamente las peticiones
5. Obligación de fundar las decisiones analizando los puntos propuestos por las partes.

El principio de motivación de las resoluciones de poder público se encuentra recogido en nuestra Constitución, en su artículo 76, número 7, letra l).

²⁵ Art. 213 del Código Penal.- Cualquier otro acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizado por la Constitución, ordenado o ejecutado por un empleado u oficial público, por un depositario o agente de la autoridad o de la fuerza pública, será reprimido con prisión de tres a seis meses.

Respecto de la acusación; perdón, rebaja y conmutación de la pena; prescripción de las acciones, y responsabilidad civil, se aplicarán además, respecto de los funcionarios o empleados que violaren cualquiera de las garantías declaradas en la Constitución, las reglas especialmente puntualizadas por ésta.

6. El derecho a ofrecer y producir prueba de descargo completa, derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida.
7. Que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte solución alguna sobre el fondo de la cuestión.
8. Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial.

El alcance de esta garantía y derecho humano fundamental fue analizado con erudición por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex CSJ que en su célebre sentencia sobre el concepto de seguridad jurídica del 11 de Julio de 2002, concluyó:

En un sistema político democrático imperativamente habrá un proceso justo como requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho, ésta es la esencia del debido proceso, por lo tanto, el derecho a un debido proceso implica la posibilidad de acceder a un proceso justo, lo que presupone la vigencia de una serie de garantías básicas de índole procesal, recogidas tanto en la propia Constitución Política, como en los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia; y cada vez que se transgrede una de estas garantías básicas a consecuencia de lo cual la persona se ve privada del acceso a un proceso justo, se está desconociendo este derecho.

Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428. (Quito, 11 de julio de 2002).

Finalmente el ERJAFE recoge los principios y sistemas reguladores del procedimiento administrativo:

Art. 4.- Principios y sistemas reguladores.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán

servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios.

Art. 101.- Principios generales:

1. La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los *principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación*, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.

Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. La Administración Pública Central, en sus relaciones, se rige *por el principio de cooperación y colaboración*, y, en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los administrados.

3. Bajo la dirección de la Presidencia de la República, las entidades y órganos que integran la Administración Pública Central ejercen la función administrativa para alcanzar los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

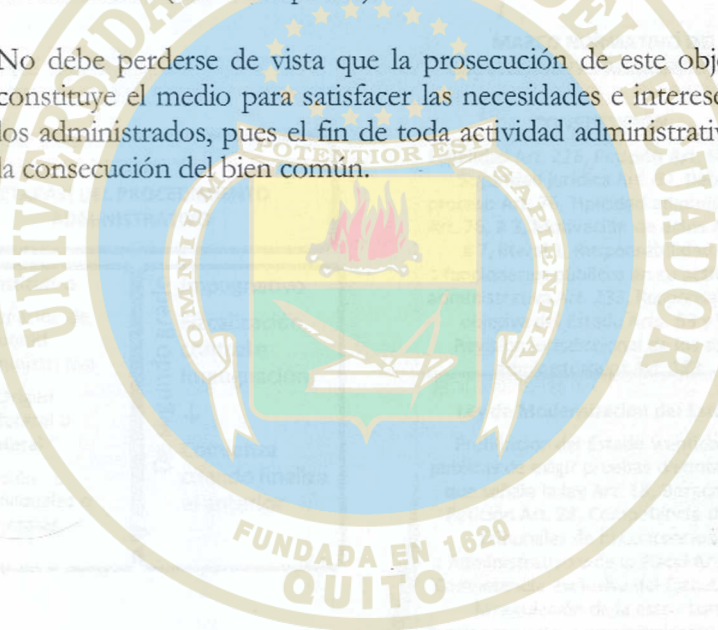
4. En sus relaciones con los administrados, la Administración Pública Central actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

Ha quedado claro que los principios del procedimiento administrativo se encauzan armónicamente en aras de alcanzar una reso-

lución final emanada en el marco del respeto a los derechos de los particulares y a la legalidad, más allá que simplemente resolver la verdad de los hechos.

Con propiedad manifiestan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández que “pertenece a la esencia misma de la institución la tendencia de la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios”. (Tomo II. p. 478).

No debe perderse de vista que la prosecución de este objetivo constituye el medio para satisfacer las necesidades e intereses de los administrados, pues el fin de toda actividad administrativa es la consecución del bien común.





EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Complejo de actos concatenados y yuxtapuestos
(Formalidades-trámites)

Administración

↓
Ejercicio de su
Actividad

Requisitos:

Cada acto debe conservar su individualidad.
La conexión debe radicar en la unidad de efectos jurídicos.
Cada uno debe suponer el anterior.

Garantía Legalidad

↓ Condición
esencial
↓
Limita al
procedimiento

Administrados

↓
Gestión de
tutela
individual para
defender sus
derechos e
intereses

MARCO NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CONSTITUCIÓN

Legalidad Art. 226, Petición Art. 66 # 23, Seguridad jurídica Art. 82, Debido proceso Art. 76, Tipicidad administrativa Art. 76, # 3, Motivación de actos Art. 76, # 7, literal 1, Responsabilidad de funcionarios públicos en su actividad administrativa Art. 233, Responsabilidad objetiva del Estado Arts. 53 y 54, Revisión jurisdiccional de los actos administrativos Art. 173.

Ley de Modernización del Estado

Prohibición del Estado y entidades públicas de exigir pruebas distintas a las que señale la ley Art. 18, Derecho de Petición Art. 28, Competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal Art. 38, Competencia exclusiva del Ejecutivo en la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de sus dependencias y órganos Art. 147 # 5.

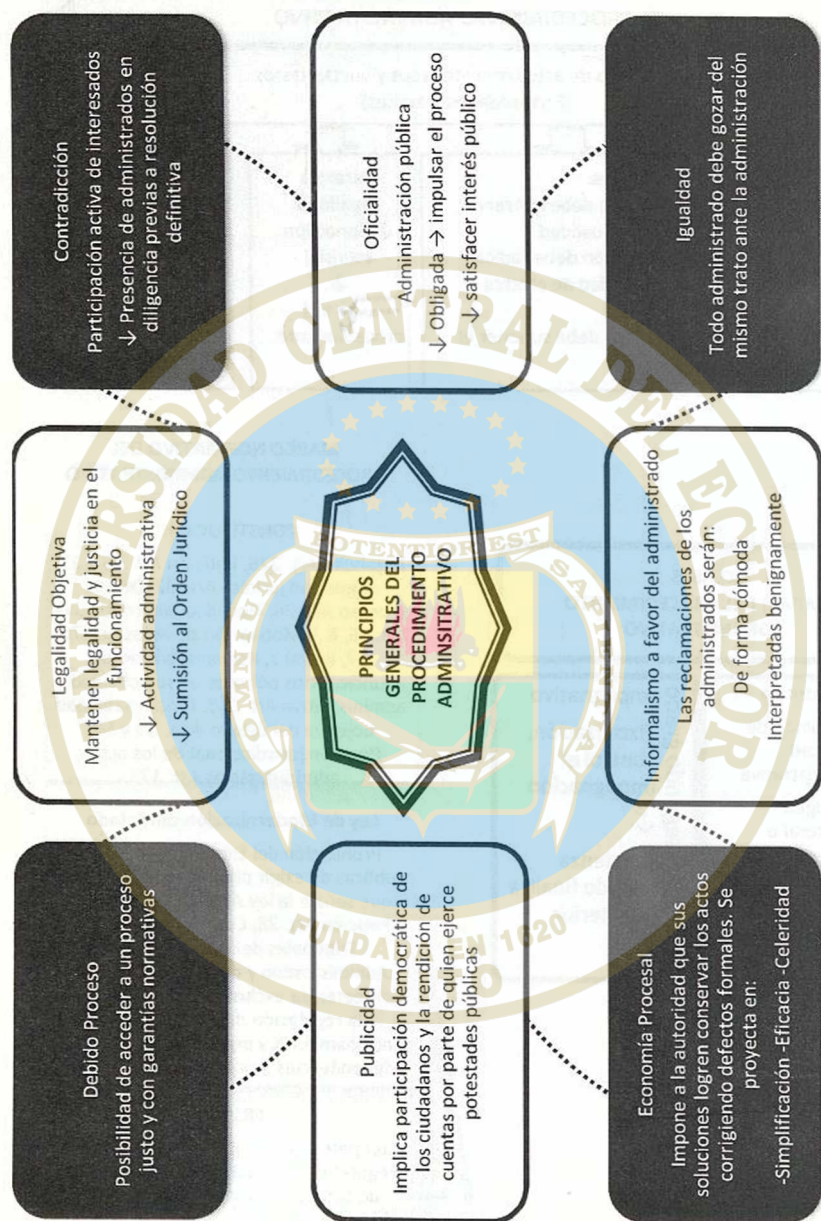
ERJAFE

Competencia y Procedimiento Art. 28, Regulación de producción y normativa de actos administrativos Art. 121.

CLASES (ETAPAS) DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De primer grado
Constitutivo
Formación de voluntad administrativa
↓ Origen unilateral o bilateral
Efectos Individuales o Generales

De segundo grado
Impugnativo
Fiscalización, control e impugnación
↓
Comienza cuando finaliza el anterior



Lección 4: El acto administrativo. Concepto. Problemática de los actos políticos o de gobierno. Los elementos del acto administrativo: en especial, la motivación. Clases de actos administrativos. Estudio especial de la resolución.

El acto administrativo

Generalidades.- El nacimiento del acto administrativo y su incorporación al mundo jurídico contemporáneo, acaece con la Revolución Francesa y el consecuente sometimiento de la Administración Pública al Derecho. Dado que los actos administrativos constituyen los actos jurídicos de los cuales emana la voluntad de la Administración Pública y descansan sobre los principios fundamentales sobre los que se sustenta el Estado de Derecho, los cuales sintetiza adecuadamente del tratadista Juan Carlos Benalcázar (2007):

“la plena subordinación al Derecho -con la consecuente proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público- y el reconocimiento y garantía de los derechos ciudadanos”, es preciso determinar el punto de partida del desarrollo doctrinario y jurídico del acto administrativo, considerando su trascendencia en virtud de que constituye la forma de expresión del Estado por excelencia. (Benalcázar, 2007, p. 19).

El tratadista colombiano Gustavo Penagos (1977), alude al desenvolvimiento histórico del acto administrativo, registrando sus inicios a raíz de la expedición de la ley de 24 de agosto de 1790, la cual preceptúa en su artículo 13:

“Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, turbar de cual-

quier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos". (p. 13).

Ahora bien, es importante acentuar que los tratadistas, no concluyen, aparentemente, en la definición de un concepto uniforme de lo que es el acto administrativo. Empero, en general enfocan el análisis del concepto desde una posición formal o desde una corriente material. Así, actos administrativos desde el punto de vista formal, son todos los que emanan del órgano administrativo (léase Ejecutivo) denominada también esta escuela orgánica o subjetiva, puesto que enfoca de modo exclusivo y excluyente el que los actos administrativos tan solo emanan de órganos de la Administración Pública, entendiendo como tal a la Función Ejecutiva; y desde el punto de vista material, son actos administrativos todos los que tienen un contenido administrativo, independientemente de la naturaleza del órgano del que emana; de tal suerte que, en esta corriente, denominada también objetiva, al acto se lo distingue por su contenido y esencia, así como por los efectos que produce.

Manuel María Díez (1965), explica que se puede agrupar una tercera corriente, que sería la que está conformada por aquellos tratadistas que sostienen que todos los actos en los que se aplica Derecho Administrativo, constituyen actos administrativos. Esta es la corriente conceptual que hace relación con el derecho aplicado.

Se puede manifestar de forma previa, al tenor de los conceptos que veremos a continuación, ***que acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular.***

Para Gabino Fraga (1994), el acto administrativo "*consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales*". (p. 229).

El profesor Roberto Dromi (2006), en su obra *Derecho Administrativo* indica: “*Son actuaciones y declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos*”. (p. 353).

Para Manuel María Díez (1965) es “*una declaración unilateral de un órgano del Poder Ejecutivo con ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos en relación a terceros*”. (Tomo II, p. 203).

En el texto *Curso de Derecho Administrativo* de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), acto administrativo es “*la declaración de voluntad; de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*”. (Tomo I, p. 550).

De los conceptos anteriores, se revela que el acto administrativo, persigue la consecución de un **objeto** concreto, establece una relación jurídica entre el Estado que actúa como público una vez y otras como persona jurídica, con los administrados, sean estas personas físicas o morales; y en segundo término con la misma Administración.

Bielsa, señala que es la declaración general o especial; es decir, en el primer caso, no tiene esta declaración un contenido concreto, pero el mismo Bielsa, se encarga de manifestar que las declaraciones de decisión general, constituyen los denominados reglamentos. Por lo que concluimos que los actos administrativos tienen un contenido particular, concreto e individual, que le distingue en general de los reglamentos, que tienen un contenido general y abstracto.

Adicionalmente, del análisis de las definiciones expuestas, queda claro que el concepto de acto administrativo engloba tres características fundamentales, las cuales anotan todos los tratadistas

consultados, concluyéndose que todo acto administrativo contiene:

a) *Declaración de voluntad de autoridad competente*

Esto es, que el acto administrativo emana de un órgano que expresa su voluntad a través de su representante o autoridad, en uso de las potestades o competencia que la normativa jurídica le atribuye al órgano, el mismo que es competente en razón de los poderes, atribuciones y facultades, que le son conferidas al órgano público estatal, para el cumplimiento de las responsabilidades que le han sido asignadas. Nótese que es ***declaración de la autoridad, y por tanto es una declaración unilateral y además se trata de un proceso intelectual.***

Al respecto es importante señalar, conforme a lo enseñado en Curso de Derecho Administrativo de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), que el *“acto administrativo consiste en una declaración y que lo declarado puede ser tanto una voluntad (decisión) como otros estados psicológicos (juicio, conocimiento, deseo). Igualmente hemos indicado que la declaración puede ser explícita o deducirse de una conducta expresiva (actos tácitos), aunque esto último con ciertas reservas”*. (Tomo I, p. 562).

Profundizando con dicho razonamiento, Roberto Dromi (2006) concibe al acto administrativo como *“una declaración, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual –no material– que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos de lenguaje hablado o escrito y signos convencionales. Se atiende principalmente a la voluntad declarada, al resultado jurídico objetivo, emanado de la Administración con fuerza vinculante por imperio de la ley”*. (p. 354).

De tales definiciones doctrinarias se colige que los pronunciamientos declarativos son de diversa índole en razón de su contenido. El tratadista ecuatoriano Patricio Secaira Durango (2004)

señala que, *“la declaración formaliza el parecer administrativo, por ello siempre es escrita. No obstante, es factible que existan decisiones administrativas orales como en el caso de las disposiciones de jerarquías de la Fuerza Pública toman al emitir órdenes de personal subalterno”*. (p. 180).

De lo expuesto por los aludidos autores, es preciso hacer énfasis que la declaración, es un proceso de exteriorización intelectual de la expresión del accionar de la Administración Pública, que se concreta a través de la selección de signos convencionales, gestos indicativos y datos simbólicos derivados del lenguaje oral o escrito a los que se les atribuye un significado, en virtud del resultado jurídico obtenido y del pronunciamiento declarativo emanado de la Administración. Por tanto, la declaración administrativa se cristaliza a través de la exteriorización intelectual, debiendo los estudiosos del Derecho Administrativo, ser muy cuidadosos en no confundirla con el proceso de exteriorización material, que pertenece propiamente a la categoría de hechos administrativos.

Al efecto, resulta ilustrativo remitirnos a lo resuelto por la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 17 de Mayo de 2004, a propósito del análisis efectuado por la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre el alcance del acto administrativo, con especial detenimiento en el examen de la declaración de voluntad de la Administración Pública, como uno de sus elementos esenciales.

En la sentencia de casación que nos ocupa, derivada del juicio suscitado entre la Municipalidad de Atahualpa y el policía municipal José Cuenca por la nulidad de la decisión administrativa de separación de cargo, los personeros municipales que recurrieron a la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N.2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, alegaron la inexistencia del “acto administrativo impugnado” por no hallarse constancia material ni documental del mismo. Los recurrentes, en síntesis,

arguyeron que “al no existir un documento del que aparezca que el Alcalde de Atahualpa haya despedido al accionante, el acto administrativo es imaginario”. La ex Corte Suprema de Justicia rechazó dicho argumento, bajo el siguiente razonamiento:

(...) *El acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimiento y de su expresión escrita ordinaria) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito. La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo (...) De estas enseñanzas, fácilmente se concluye que para que exista acto administrativo no requiere necesariamente que la declaración de voluntad del administrador aparezca “materialmente” dicho de otro modo, conste en un documento; pueden existir actos administrativos que la doctrina los denomina tácitos, cuando del comportamiento, de la conducta, de la actitud, lleva, en forma inequívoca, a la conclusión de que un funcionario público ha hecho una declaración de voluntad unilateral, que produce efectos jurídicos individuales y directos.*

b) Asuntos de la Administración Pública

De los conceptos previamente enunciados, se observa claramente dos grandes corrientes; la una hace relación a que el acto adminis-

trativo emana de los órganos de la Función Ejecutiva, y que por tanto, dicha función de manera exclusiva y excluyente es la única creadora de actos administrativos; y, la otra corriente que otorga al poder estatal la atribución de expedir actos administrativos, sin importar la función de la que provenga, sino más bien la naturaleza y esencia del acto; así los actos que tengan contenido administrativo, serán, actos administrativos.

Es importante precisar, que la primera corriente, se halla totalmente superada y que, es la segunda la que tiene plena vigencia, sobre todo en nuestra legislación, así por ejemplo, los nombramientos o contratos que nacen de la Función Judicial, son actos administrativos.

Debe hacerse énfasis en que estos tipos de actos versan sobre negocios de la Administración Pública, y que por tanto, el derecho que se debe aplicar a los mismos es el administrativo, de manera que tales actos administrativos corresponden a las formas jurídicas por medio de las cuales se expresa tanto la voluntad estatal y pública no estatal.

Bien afirma Roberto Dromi (2006) que *"el acto administrativo es dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar qué órgano la ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo y judicial), e incluso de entes públicos no estatales"* (p. 356). De suerte tal, que puede concluirse que la nota cualificadora del acto administrativo no atiende al órgano del que nace, sino a su sustancia, que deriva de la función administrativa que entraña dicho acto al cual deberá aplicársele, elementalmente, el régimen legal administrativo, independientemente de su carácter orgánico.

c) *Efectos jurídicos de orden particular*

Que la actividad administrativa produzca efectos jurídicos, significa que ésta cree derechos u obligaciones para ambas partes: la Administración y el administrado. Siguiendo el razonamiento de Roberto Dromi (2006) *“la actividad administrativa productora de efectos jurídicos no sólo se manifiesta a través de actos administrativos, sino también, por medio de hechos administrativos, contratos administrativos, actuaciones inter administrativas y reglamentos administrativos”*. (p. 357).

No obstante, en el caso concreto del acto administrativo, como hemos analizado anteriormente, constituye simplemente una especie de la actuación administrativa, estatuyéndose que una de sus características fundamentales, radica en la producción de efectos jurídicos subjetivos y de alcance individual.

De manera que, cuando los efectos atañen única y exclusivamente al particular, ha de hablarse de actos individuales, ínter partes o subjetivos, por ejemplo un nombramiento; y cuando concitan atención general, de actos generales, colectivos, objetivos, verbi-gracia el reglamento, más bien estamos en la presencia de actos normativos; cabe anotar que existen actos administrativos que como tales están dirigidos a una pluralidad, pero que en su textura son ínter partes, esto es el efecto se produce de cara al destinatario, cuando por ejemplo el acto de negativa o aprobación de una adjudicación, la convocatoria de la licitación o en su defecto la licencia de ocupación de un bien por parte de varios destinatarios.

Además, es menester señalar que como en todo acto jurídico, los efectos en el acto administrativo entrañan la creación o extinción de derechos u obligaciones.

La cuestión de los Actos Políticos o de Gobierno

Cuando estudiamos el control de los actos discrecionales, vimos cómo algunos actos del poder público, quieren escapar de la fiscalización que sobre los mismos se ejerce en el Estado Social de Derecho, bajo el entendido de que se tratan de actos de gobierno o actos políticos. En la monarquía absolutista, el rey tenía en sí el ejercicio de la soberanía y sus actuaciones no tenían de modo general control de clase alguna; ya en líneas anteriores hemos visto como en el régimen monárquico se aplicaba la justicia. Con el advenimiento del Estado de Derecho, y a los efectos de que no todos los actos que emanaban del Poder Ejecutivo, sean sometidos al control, se trató de distinguir entre actos administrativos y actos de gobierno o políticos, queriendo dar a estos últimos una connotación distinta. Nuestra legislación que sigue los lineamientos de la legislación española, aún conserva en sus textos las normas por las que este tipo de actos no podrían ser materia de juzgamiento²⁶, por lo que los recursos a los actos que emanan con exceso de poder del Ejecutivo, nuevamente reitero, podrían quedar exentos del control judicial; afortunadamente la inteligencia y sobriedad de los Magistrados que conforman las Salas del Contencioso Administrativo, en reiterada jurisprudencia, han limitado el uso de dicho poder y por tanto las actuaciones del Ejecutivo siempre se han visto restringidas.

Es curioso observar como el listado (catálogo de los actos de gobierno) del Consejo de Estado Francés fue recogido por el artículo 2.b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administra-

²⁶ Artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.- No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa:

a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.

(...)

c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa.

tiva Española, mismo que hasta la presente fecha consta en la disposición antes transcrita. Este tipo de actos se concibió por parte del Consejo, como actos no susceptibles de control, debido al fin que los mismo pretendían, superaba todo orden de fiscalización, con lo cual la autoridad se libraba de toda responsabilidad en su actuación y gozaba de inmunidad; esta misma esencia se ve reflejada como ya indicamos en el artículo 6 de nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En esta línea, Fiorini (1995) califica al acto de gobierno como “un acto administrativo que tiene su origen en el poder administrador que no quiere serlo porque a la vez proviene del Poder Ejecutivo”. La vigencia de esta polémica radica en el carácter de impugnación renuente con el que se ha pretendido blindar dicho acto, concepción renuente con el principio general de impugnabilidad de los actos emanados de autoridad pública sin distinción alguna, pero que sigue rigiendo en la jurisprudencia. Como bien afirma el propio Fiorini (1995) *“la intangibilidad judicial de esta clase de actos por desplazamiento tiende hacia la causa de móvil político, o su manifestación como acto de ejecución directa de la Constitución, o a la razón del acto en defensa y funcionamiento supremos del Estado. La intocabilidad de esta clase de actos se traslada a su objeto o contenido”*. (p. 336).

Sin embargo, la doctrina no ha concordado en la delimitación de los criterios que indiquen de manera concreta si el control judicial de dichos actos debe atender a su forma u objeto, existiendo el peligro que se los exceptúe del control jurisdiccional por su simple denominación y no por su contenido.

De manera precisa, acota el precitado autor que el problema (Fiorini, 1995) *“no se encuentra en calificarlos como justiciables, sino en determinar en qué consiste aquel contenido que no puede ser controlado judicialmente (...) No interesa la denominación sino determinar en razón de qué y por qué no pueden ser controlados judicialmente. (...) La pesquisa jurídica con estos presupuestos debe realizarse a través de*

la legalidad, pues su especificidad deberá provenir de las normas que regulan su existencia y que establecen su objeto, su fin y forma de realizarse. En suma, el acto de gobierno no es tal porque se lo denomine o lo pretenda una teoría doctrinaria, sino porque algunos de los elementos de su legalidad se presentan distintos a otros actos del Poder Ejecutivo". (p. 337).

Por lo expresado, resulta evidente que la discusión sobre los actos políticos o de gobierno ha sido espinosa y ha presentado no pocas dificultades a la doctrina y jurisprudencia. No obstante, reiteramos, ampliando nuestros criterios propuestos en el capítulo primero de esta obra, que la calificación de actos políticos o de gobierno no puede ser encomendada de manera aislada a la mera denominación normativa y constituir el único criterio en función del cual se determine su justiciabilidad, al margen de la consideración de los principios de tutela judicial efectiva y control de los actos de Poder Público, conforme lo exigen los postulados que rigen a un Estado Social de Derecho. Muy acertadamente, el tratadista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar (2007) expone que, el artículo 6 de la LJCA *"debe ser interpretado de un modo por demás restringido, siempre en privilegio del derecho a la tutela judicial efectiva, según el principio pro actione, y sobre todo a favor del pleno control de los actos del poder público, como es característico del Estado de derecho". (p. 268).*

Elementos del Acto Administrativo

Luego de anotar el concepto del acto administrativo, es procedente estudiar sus elementos; de acuerdo con Manuel María Díez (1965), el acto administrativo contiene dos elementos fundamentales, a saber el mérito y la legitimidad. Fraga detalla otros elementos, que son concomitantes a los señalados por Díez. (Tomo II, p. 241).

Todo acto Administrativo tiene dos elementos inconfundibles a saber.

a.- El Mérito; y, b.- La Legitimidad.

a) Del Mérito.- No es sino la conveniencia dada en razón de la oportunidad y temporalidad, para la realización de un determinado acto, en todo caso es la conveniencia pública en donde la autoridad, focalizando la normativa jurídica en que se sustenta, en base de su sana crítica, ha de emitir el acto.

La sana crítica administrativa, no tiene que ver únicamente con lo que la autoridad desea hacer, sino con todos los antecedentes de tipo jurídico, técnico y económico, le compete emitir su voluntad, pero además en el Estado Social de Derecho, debe mirar los factores de orden socio político, que están dados de modo esencial por la Carta Primera de cada Estado; de manera que, la orientación social que en los actos debe imprimir el administrador público deben estar concomitantes con los fines que el Estado persigue.

En este escenario Jaime Santofimio Gamboa (2003) señala que el *"mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia para la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo a manifestarla cuando se requiera verdadera y ciertamente, para cumplir los cometidos de éste. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que todos los actos expedidos sean realmente beneficiosos y acordes con los intereses generales"* (Tomo II, p. 153).

Como se precisaba, el mérito no es más que la crítica administrativa. En este marco, los principios de esta sana crítica se reducen a los siguientes:

1. El interés público, debe ser valorizado en relación al interés privado. En ningún caso debe darse preeminencia a una realización de interés privado, que se contraponga al interés público.
2. El procedimiento a seguirse tiene que ser valorizado en relación a las ventajas y posibilidades del acto. Deben realizarse los cálculos de pre factibilidad en todos los órdenes, especialmente en aquellos actos administrativos, que dicen relación con algún contrato, a fin de saber cuánto es lo que va a costar, qué es lo que va a producir y cómo se va a financiar; y,
3. El buen administrador nunca debe dejar de lado lo que la experiencia le ha enseñado. Entendiéndose por experiencia al conjunto de casos análogos que han sido resueltos con un mismo método, de una manera eficiente.

No puede quedar al margen de este análisis las críticas formuladas por Leonart White, contra la Administración, en tratándose de los procedimientos administrativos:

1. "Oposición general a la Justicia Administrativa;
2. Falta de conocimiento público suficiente de la organización administrativa y de las reglas administrativas que obligan a los individuos.
3. Falta de oportunidades de las partes privadas para hacer oír antes de la promulgación de nuevas reglas, leyes o enmiendas que afecten a sus intereses;
4. Ausencia de procedimientos sencillos y uniformes;
5. Uso de material no incluido en el expediente para llegar a decisiones administrativas;
6. Combinación en la misma agencia de poderes para investigar, acusar y sentenciar; y,
7. Insuficiencia de la revisión judicial".

b) De la Legitimidad.- La legitimidad se considera que es elemento referente a la observancia de la ley, que vincula la declaración de voluntad de la Administración y establece una norma de causalidad entre la ley, el hecho, el objeto del acto administrativo y el fin que éste persigue.

La legitimidad encadena la subordinación del Estado al Derecho objetivo, sin embargo, no puede ser concebida desde una perspectiva netamente normativa, pues como bien afirma Juan Carlos Benalcázar (2007) *“el Estado de derecho tiene como característica esencial a la democracia, al existir siempre un sustento popular que legitima el ejercicio del poder público y los actos de autoridad. (...) No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior ‘apolítica’, sin relación con la materia misma a que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que regula bien su principio propio”*. (p. 25).

Consolidando adecuadamente dicho razonamiento, el mismo autor (Benalcázar, 2007), se apoya en el criterio de Dromi (1980) que a la luz de este escenario, sostiene que *“la articulación de los sujetos de la relación jurídica de Derecho Público, Estado e individuos, requieren de una instrumentación jurídico-formal por la que los ‘derechos se ejercen’ y los ‘deberes se cumplen’*. Ello genera una serie de regulaciones normativas (permisiones y prohibiciones que se conocen con el nombre de legalidad administrativa), trasunto lógico de la sumisión del Estado al Derecho, que constituye el conjunto de reglas jurídicas (de legitimidad) y políticas (de oportunidad) al que debe ajustarse el obrar público, pues aquella legalidad conforma y limita la actuación pública”. (p. 26).

Tal principio se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 226 que dice:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una

potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

De manera que se entiende que la legitimidad indefectiblemente debe subordinarse a la legalidad, a la luz de dicha disposición constitucional que se armoniza con el artículo primero de nuestra Constitución que consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia.

Elementos esenciales del acto administrativo

Continúa Manuel María Díez manifestándonos que los elementos esenciales del Acto Administrativo son:

- a.- Manifestación de voluntad;
- b.- El Órgano competente o competencia;
- c.- El Objeto o causa;
- d.- La forma; y,
- e.- El Contenido.

- a) **De la manifestación de la voluntad.-** No es sino la declaración de la autoridad competente. No obstante, esta manifestación tiene una formación en base de los antecedentes que la motivan, así todo acto administrativo sirve para llenar o satisfacer una necesidad administrativa de orden general o individual. El funcionario como ser humano conforma su voluntad desde la misma percepción de los asuntos puestos a su cargo, a través de sus sentidos, para ir formando sus ideas, su pensamiento, su criterio y por fin un juicio de valor.

Ahora bien todo este proceso de orden psíquico, que va desde la intención de realizar el acto, hasta la emisión del mismo, debe estar ceñido a la normativa jurídica vigente, por tanto la autoridad competente, no podrá dictar un acto administrativo que esté fuera de sus atribuciones legales.

Afirma correctamente Jaime Santofimio Gamboa (2003) que *“la manifestación de voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces. En ese sentido, la voluntad de la administración es un problema vinculado al principio de legalidad, a las normas de competencia que atribuyen específicas materias a quienes ejercen funciones administrativas”*. (Tomo II, p. 133).

En ese marco bien resalta Dromi (2004) que en la voluntad administrativa *“concurren elementos subjetivos (intelectivos de los órganos-individuos) y objetivos (normativos procesales). Así, la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador”*. (p. 368).

De tal manera que, la voluntad de la Administración debe circunscribirse al ordenamiento jurídico y jamás podrá confundirse con la voluntad del servidor público que se encuentra en ejercicio de funciones administrativas, siendo éste simplemente el intérprete y ejecutor de dicha voluntad administrativa. Por consiguiente, los precitados conceptos de voluntad son diferentes en materia y contenido, en virtud de lo enseñado por Santofimio Gamboa (2003). Ahora bien, en muchas ocasiones, la manifestación de autoridad, no se expresa ni de manera oral, ni de forma escrita, por tanto hay pronunciamientos tácitos, es decir, pronunciamientos en los que el administrado colige que se trata de un acto administrativo. En ocasiones se produce por parte

de la autoridad el silencio, es decir la falta de pronunciamiento. En nuestra legislación positiva (Art. 28 de la Ley de Modernización), la falta de pronunciamiento por un término de quince días, por parte de la autoridad se entiende como silencio, con efecto jurídico favorable al administrado o peticionario.

El silencio administrativo

El pronunciamiento expreso en general, como ya quedó dicho, se lo hace por escrito. Aunque en algunas ocasiones puede ser de manera oral, como es el caso de la amonestación verbal; y un buen ejemplo de actos administrativos tácitos pueden ser todas las señalizaciones de tránsito.

Ilustrando dicho criterio, el profesor Roberto Dromi (2004) instruye que *“la voluntad puede ser expresa o tácita. La voluntad es expresa cuando la conducta administrativa se exterioriza a través de la palabra oral o escrita, o por símbolos o signos. La voluntad es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto administrativo”*, en armonía con lo prescrito en nuestro ordenamiento jurídico. (p. 368).

De lo analizado se colige que, existen ocasiones en que no se manifiesta la voluntad de realizar un acto, ni de manera expresa ni de manera tácita, es decir se guarda silencio; esto es, existe ausencia de voluntad por parte del órgano de la Administración Pública. Acerca de su realización Rafael Bielsa nos aclara este problema, cuando advierte algunas normas en materia de silencio de la administración; dichas reglas son las que a continuación se mencionan:

- a.- “Si la administración no decide en el término señalado, incurre en responsabilidad y debe indemnizar el daño jurídico causado. Si no hubiere término ni condición fijadas, la

administración no es responsable, pero su silencio puede dar lugar a otras medidas.

b.- Si se pide una decisión de la Administración, y esta no se pronuncia, ni realiza actos pertinentes a su contestación, debe estarse de acuerdo a lo que la ley señala dichos casos, siempre y cuando el término dado para su cumplimiento haya vencido;

c.- El silencio no puede considerarse como aprobación ni como rechazo, respecto de los actos de contralor preventivo, que se hace efectivo mediante la autorización:

1.- Si no media un término o una condición que así lo establezca; y,

2.- Si no se produce decisión que proponga de manera cierta esa voluntad de aprobar o rechazar.

d.- Cuando se trata de trámites necesarios, se entiende que a falta de pronunciamiento en el plazo fijado por la ley, implica rechazo;

e.- Cuando la petición o reclamación se refiere a un término o a una condición, debe entenderse que transcurrido el primero y cumplida la segunda sin pronunciamiento la decisión es negativa; y,

f.- Cuando se trata de relaciones contractuales, el silencio de la administración pública, en cuanto el contrato le provee se rige por:

- 1.- Las cláusulas de la convención;
- 2.- Las reglas de derecho Público; y,
- 3.- Las reglas de derecho Civil”.

Es decir, que cuando no se manifiesta la voluntad de manera expresa o tácita, nos encontramos con el clásico silencio de la administración, en cuyo caso se suele aplicar las normas doctrinarias, que hemos expuesto, y que serán aclaradas cuando hablemos del contenido del acto administrativo.

Nuestra Constitución consagra la motivación como garantía constitucional:

Artículo 66, numeral 23: Se reconoce y garantizará a las personas:

El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

En este contexto, el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado prescribe que:

Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.

En base a la disposición constitucional previamente transcrita, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado consagra el silencio administrativo positivo en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de cuyas prescripciones, la Corte Suprema de Justicia mediante jurisprudencia de triple reiteración en lo relativo al silencio administrativo ha concluido que:

“Mediante el silencio administrativo positivo, se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, como se halla consagrado en la Constitución Política del Estado. Por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”.

No obstante es importante detenerse sobre los alcances reales del silencio administrativo positivo que fundamentado en las garantías constitucionales de derecho de petición y oportuna respuesta se encuentra limitado a que las pretensiones formuladas a autoridad pública no sean contrarias a derecho. En este marco, la Corte Suprema de Justicia en Resolución N. 217/99 correspondiente al juicio N. 169/ 98 determinó que:

“Por otra parte, es de trascendental importancia doctrinaria referirnos a un aspecto que no toca la sentencia: la aceptación por el ministerio de la ley, debida al silencio administrativo que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, frente a la solicitud inicial presentada por el actor. Es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución; ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho éste que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen. Así consta de sendos fallos tanto del Consejo de Estado Francés como de la Sala de lo Contencioso Admi-

nistrativo del Tribunal Supremo Español, y evidentemente tiene indiscutible trascendencia en nuestro derecho desde la consagración del efecto positivo del silencio administrativo por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado vigente. En el caso, es evidente que habiendo transcurrido más del término de quince días sin que se diera respuesta a la actora su petición inicial fue aprobada por el ministerio de la ley; más, también no es menos evidente que tal solicitud inicial pretendía el que se deje sin efecto la primera resolución de 24 de febrero de 1997, en sustitución de la cual precisamente se aprobó la resolución impugnada en esta causa. Por lo anterior, es evidente que en lo relativo a la aprobación por el ministerio de la ley no podría ser materia de resolución en este proceso; siendo en todo caso de importancia doctrinaria dejar sentado el valor que en derecho tiene la aprobación por el ministerio de la ley de las pretensiones no contrarias a derecho presentadas ante autoridad competente, como consecuencia del silencio administrativo y en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización vigente”.

Afianzando tales criterios la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia 10 de Noviembre de 2004 (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. p. 283) resolvió que:

Conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo, y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente, la que bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede

jurisdiccional; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación. Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio por su reiteración, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado; si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa adoleciera de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, o, si excediese del ámbito permitido en la ley.

De modo que las limitaciones del silencio administrativo, reiteradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se subordinan a los elementos esenciales del acto administrativo, los cuales de acuerdo a lo enseñado por la doctrina, constituyen la competencia, la voluntad y la forma preceptuados en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Art. 59. LJCA: Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo:

- a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.
- b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.

Sin lugar a dudas la abstención de pronunciamiento de parte de la Administración Pública, debiendo pronunciarse, da lugar a la

figura jurídica administrativa del silencio administrativo; ahora bien y como lo veremos posteriormente, si esa falta de pronunciamiento del agente público se entiende como negativa, nos encontramos frente al denominado silencio administrativo negativo; y si por el contrario, la ausencia o falta de declaración de la voluntad, da como efecto que se tenga la misma como respuesta positiva, nos encontramos a la faz del silencio administrativo positivo, que es como nuestra legislación positiva define al mismo.

Del Órgano Competente o Competencia.- Es el conjunto de atribuciones y potestades que tiene un órgano por mandato de la normativa jurídica (derecho objetivo), por tanto la competencia nace y deviene de la Constitución, de los tratados y convenios internacionales, de la ley, de los estatutos, de los reglamentos, de las ordenanzas, en pocas palabras, de la normativa jurídica positiva.

La competencia, siempre está atribuida al órgano y éste ejerce su imperio a través de sus representantes.

El órgano es un ente ficticio, pero las potestades, las atribuciones, los derechos, las obligaciones y las prohibiciones se las ejerce a través de su representante. Este representante en el mayor número de casos toma el nombre de autoridad.

Por tanto, la competencia que ejerce la autoridad, es propia del órgano, de manera que, cuando esa persona natural, física, deja de ejercer la representación del órgano, pierde todas las potestades. El órgano ni puede ejercer por ningún tipo de facultad, quienes ejercen las atribuciones son las autoridades. Cuando él o los representantes del órgano no ejercen sus potestades, el órgano no tiene razón de ser.

Oportunamente señala Dromi (2004) que *“la competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes”*. (361).

Entendida la competencia como un elemento indispensable para la expedición de un acto válido, volviendo sobre el criterio del mismo autor (Dromi, 2006), debe indicarse que el concepto de competencia, “propio del Derecho público, es análogo al de capacidad en el Derecho privado, pero no idéntico. Se diferencian en que, mientras en el Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma. (...) La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no estatal; es decir, puede haber actos estatales cumplidos con incompetencia.” (pg. 361)

Rafael Bielsa, así mismo manifiesta, que la competencia, es un elemento o parte de la legitimidad, puesto que se puede realizar un acto por parte de órgano competente, por ejemplo un juzgamiento de policía por parte de un funcionario de trabajo a petición del asunto a resolverse, puede ser legal, mas el funcionario puede ser incompetente, ello por sí sólo acarrea la anulabilidad del acto; también puede darse el caso de que un órgano competente conozca de una petición ilegal, ilegítima o realice un acto ilegal, en cuyo caso podría pedir la revocación del acto. En síntesis, la competencia es la potestad que tiene el órgano administrativo, para dictar un acto.

Por consiguiente la inobservancia de los criterios de competencia, en la expedición de un acto administrativo, afecta su validez. Como enseñan García de Enterría y Ramón-

Fernández (2004) *“en un órgano deben confluir todos los criterios de competencia (material, territorial, temporal) para que, en ejercicio de la misma, pueda dictar válidamente el acto administrativo que dicha competencia autorice”*. (p. 556).

A los criterios de competencia previamente consignados en relación al órgano, debe vincularse la exigencia de que, la persona o personas físicas que actúan en la respectiva declaración en calidad de titulares de éste, deben ostentar tal función pública a través de la investidura legítima de tales cargos, sometiéndose a las condiciones y requisitos legales prescritos para ejercer tal función (nombramiento legal, toma de posesión, no estar incurso en prohibiciones legales, etc.).

Sintetizando lo expuesto, D Alessio mantiene que, el órgano administrativo tiene dos elementos:

- 1.- El Subjetivo; y,
- 2.- El Objetivo

El elemento subjetivo está formado por el órgano en sí; y, el objetivo por el conjunto de funciones que corresponde al órgano competente. Para este tratadista la competencia no es sino la medida de las actividades que corresponde a una determinada persona en uso de su función concreta.

Basabilbaso, dice que la competencia administrativa, especialmente obedece a estos tres principios:

“Está determinada por el Derecho objetivo, en consecuencia ninguna competencia puede existir dentro del campo del Derecho administrativo, sin una regla de Derecho administrativo que le regule;

Siempre tiene el carácter de improrrogable, porque está de por medio el carácter público; y,

La competencia pertenece al órgano y en ningún caso a la persona que lo representa como titular. La competencia es atributo del órgano administrativo nunca del investido en calidad de órgano”.

El mismo autor, explica con claridad meridiana que siempre ha de existir una norma de derecho que regule el ámbito de acción de la esfera administrativa, y en este espacio siempre ha de primar el interés público por sobre el privado, teniendo en cuenta que ello sucede merced a las facultades que se le ha otorgado a un determinado órgano administrativo.

Insistiendo que el acto administrativo debe ser expedido por órgano competente en función de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico, la competencia se otorga en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado.

- a) *Por la materia:* La casi revolución en la que viven los distintos Estados, debido a los avances científicos y tecnológicos así como el desarrollo político y social de estos entes, hace sus aparatos administrativos vayan adquiriendo mayor especialidad en el conocimiento de los asuntos públicos.

La finalidad que persiguen los entes públicos, va dando a cada órgano una especialidad, que está fijada y determinada por la norma jurídica, de tal suerte que lo que le corresponde conocer lo que está previamente legitimado.

Al respecto bien sintetiza Dromi (2004) que la materia “se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano. (...) Impera también el principio de especialidad, de particular aplicación a los entes administra-

tivos, según el cual éstos sólo pueden actuar para los fines que motivaron su creación”.

Existen ocasiones en que puede producirse que más de un órgano comparta competencias o que las mismas no estén claramente definidas, en ese caso, la autoridad superior de dos órganos dirimirá y buscará que exista coordinación entre los mismos; cuestión que se produce dentro de la administración centralizada. Cuando el conflicto de potestades se produce sobre aquellas que nacen o se originan en la Constitución, es la Corte Constitucional la que dirime y establece a qué órgano pertenece la atribución en disputa.

b) *Por el grado:* Para que exista orden, armonía y organización es necesario la existencia de jerarquías, las cuales deben estar gradadas, de forma sistemática y coordinada, con el objeto de que se conozca de manera clara y diáfana quién es el superior y quién el inferior. La organización de la Administración Pública es vertical. Cada una de las instituciones del Estado, tienen un organismo con potestades superiores y en ocasiones supremas, o como en el caso ejecutivo una autoridad superior, de esos organismos y autoridades de las que penden otros órganos, organismos y autoridades de menor jerarquía y así sucesivamente, todo ello vinculado al mando y obediencia, dando lugar a la conformación del gran engranaje político-administrativo del Estado. Bien resume el precitado autor que “El grado es la posición o situación que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica”. (Dromi, Derecho Administrativo, p. 362).

c) *Por el territorio:* Es lo que suele denominarse también jurisdicción territorial, que no es sino el ámbito espacial los órganos administrativos ejercen sus funciones. El

ámbito de la competencia territorial, puede ser nacional, regional o local (nación, región, provincia, departamento (distrito metropolitano), cantón, ciudad, parroquias, etc.).

- d) *El tiempo*: Es el lapso o ámbito temporal en que el que se debe desarrollar la actividad administrativa. De modo general, la competencia de los órganos es permanente y de manera excepcional la misma es limitada por el tiempo. Por esta razón podemos encontrar que el acto se desarrolla de manera oportuna, esto es cuando se realiza dentro del tiempo, inoportuno cuando éste se efectúa antes del tiempo y extemporánea cuando se ha producido luego del tiempo, lo que da lugar a las figuras de la caducidad y prescripción, de las que hablaremos más adelante.

Además, Díez (1971) señala una forma de incompetencia en razón del tiempo. Esto sucede cuando la realización del acto ha tenido lugar antes o después de la fecha en que realmente debió realizarse el acto. Por ejemplo extender un nombramiento antes de que exista la vacante, o el presentar a llenar dicha vacante después de la fecha señalada para ello, es decir cuando ya es extemporáneo. (Tomo III).

b.2) *Transferencia de competencias*

En lo referente al tema que nos ocupa, Dromi (2006) explica que la transferencia de competencias es la facultad investida a todo órgano de trasladar el ejercicio de sus competencias propias a inferiores jerárquicos, salvo norma legal o reglamentaria en contrario. De manera que, el mismo autor puntualiza que *“la delegación debe ser expresa y contener, en el mismo acto, una clara y concreta enunciación de tareas, facultades, y deberes que comprende la transferencia de competencia”*. (p. 364).

En los momentos actuales y para lograr mayor eficiencia, calidad y oportunidad en el despacho de los negocios públicos, la Administración Pública moderna concibe que la competencia pueda ser transferida; dándose lugar a figuras jurídico administrativas importantes tales como: la delegación, la abrogación, la subrogación, la sustitución la suplencia y otras.

- *La delegación:* Se produce cuando el jerárquico superior atribuye sus facultades al jerárquico inferior; las potestades del órgano superior pueden delegarse cuando la norma jurídica así lo establezca. El órgano delegante en cualquier momento puede revocar de manera total o parcial la delegación. Como todo en Derecho administrativo, la delegación debe realizarse por escrito y contener de manera específica y detallada cuáles son las funciones delegadas y la normativa que permite tal delegación, los límites de la misma y el tiempo de duración. La autoridad delegante es solidariamente responsable de todos los actos y omisiones del delegado, a no ser que la norma jurídica prescriba lo contrario.
- *La abrogación:* Se produce cuando un órgano se atribuye facultades que no le corresponden. En algunas ocasiones el jerárquico superior suele tomar las atribuciones del inferior, en cuyo caso el superior puede decidir ratificar las actuaciones o dejarlas sin efecto, en todo caso el acto así tomado es anulable. Cuando el inferior decide sin competencia, pero ad referendum del superior, el acto está suspenso, no produce ningún efecto, sino sólo cuando el superior o la autoridad competente la ratifique, aquí se dan los casos de autorización y aprobación.
- *La subrogación:* En innumerables ocasiones, la normativa jurídica prevé que en caso de falta temporal o definitiva del representante de un órgano y que ha sido elegido o designado por

tiempo determinado, la competencia se transfiera a otro representante determinado en la norma, los efectos de esta ficción jurídico administrativa, se producen de manera ipso iure.

- *La avocación:* Tiene lugar en el momento que el jerárquico superior asume conocimiento de los asuntos que le corresponde al inferior, lo cual es posible casi siempre, a no ser que la normativa objetiva disponga lo contrario.

Vistas tales definiciones, podría sintetizarse que la competencia es el conjunto de atribuciones que la ley confiere a los órganos de poder público, entendiéndose que la validez del acto administrativo se encuentra ligada, a que su expedición sea efectuada por el órgano facultado legalmente para manifestar la voluntad administrativa.

Luego de lo dicho me parece oportuno citar el criterio del tratadista Patricio Secaira (2004):

La competencia es un requisito de esencia que afecta la validez sustancial del acto, por manera que si éste es expedido por un órgano o autoridad pública que no tiene competencia para el efecto, la decisión administrativa inexorablemente estará viciada de nulidad. (p. 185).

Para concluir quiero hacer nuevamente presente, como vimos al hablar del principio de legitimidad en el capítulo primero de esta obra que, las facultades que tienen los órganos públicos cuando nacen de la Constitución, las denomino potestad y cuando se originan de la ley, las designo como competencia.

De la causa del Acto Administrativo

Acerca de este tema los tratadistas no logran ponerse de acuerdo en el uso de una terminología afín; pero están de acuerdo en su existencia.

La causa del acto administrativo, no es sino la justificación del fin que persigue el órgano administrativo con la ejecución de un determinado acto. El fin vendría a constituir la razón de ser del acto, mismo que en consecuencia, se convierte en el efecto del objeto del acto administrativo; de suerte que, todo acto administrativo se realiza para cumplir con el fin propuesto en el objeto. En esto se debe tener presente lo dialéctico de la actuación de la Administración, pues su accionar siempre responde a la satisfacción real de las necesidades permanentes del ser social.

Fiorini (1995) sostiene que la causa *“es un elemento lógico que se integra con diversos datos materiales. La causa es un elemento lógico que comprende el “por qué” y se compone de los antecedentes fácticos, circunstancias y normas que se concentran y evalúan su contenido de fuente creadora del acto administrativo”*. (p. 410).

De manera que se colige que la causa en el acto administrativo, deviene, como absolutamente toda la actividad administrativa de la normativa jurídica, en razón del principio de juridicidad. Continuando con el criterio de Fiorini *“la causa, desde el punto de vista lógico jurídico, se manifiesta como antecedentes que pueden ser hechos, conductas o disposiciones normativas, de los cuales se deducirá a la vez un consecuente jurídico. La causa es concepto unívoco- se repite- que contiene varias clases de hechos. Esto la diferencia de la causa de la naturaleza, porque en los actos ésta es “debida”, es decir determinada previamente, con anterioridad”*. (p. 411).

Por lo expuesto y en armonía con los criterios doctrinarios mayoritarios que se han separado de la polémica privatista de la teoría de la causa, puede afirmarse en sentido amplio que la causa en el acto administrativo corresponde *“a la realidad del presupuesto de hecho legal que juega como requisito de validez del acto”*, como correctamente enseñan en su Curso de Derecho Administrativo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004). (p. 559).

De modo que, reconociendo que toda actividad administrativa se desenvuelve dentro y por medio de normas jurídicas a cuya observancia quedan obligados tanto los órganos del Estado como los administrados sujetos a su potestad, la causa se introduce en la prescripción normativa consignada por el legislador que previamente ha seleccionado la ratio legis de la norma, a *"cuyo tipo legal el acto administrativo tiene que ajustarse y por ello su temática lo único que debe inquirirse es si, en efecto, esa función resulta cumplida por el acto concreto"*, como bien ilustran los precitados autores españoles (559).

En un sentido amplio, puede concluirse que la causa se cumple cuando se produce el presupuesto de hecho establecido en la norma jurídica, en virtud de las potestades regladas de la Administración que atiende al "por qué" del acto administrativo, esto es lo que denomino hecho causal. Remitiéndonos a un ejemplo muy sencillo de Martín Mateo "en la multa, la causa de la sanción es realmente haber infringido la ordenanza del tráfico, aparcando en lugar prohibido". De tal ejemplo no resulta complicado dilucidar, que una vez verificado el cumplimiento del presupuesto de hecho constante en la norma jurídica, se desencadenan las consecuencias jurídicas al cual deberá sujetarse, la expedición del acto administrativo; de manera que, cuando el presupuesto de hecho calza o encaja en el supuesto normativo encontramos que se configura la denominada pertinencia entre los hechos causales y la norma jurídica. Sin embargo se debe tener presente que no siempre existe norma que se pueda aplicar a los hechos, en cuyo caso se acudirá a los principios jurídicos y en su caso a los que informan a la materia público-administrativa.

En síntesis, antes de la ejecución del acto administrativo siempre existen una serie de razones, motivos, circunstancias, que constituyen la justificación de la ejecución o realización de un determinado acto. Algunos tratadistas, sostienen que el acto administrativo, no tiene como elemento autónomo a la causa, y que ésta

constituye parte integrante de la voluntad del acto administrativo. De modo que, la causa no genera voluntad, sino más bien instiga la realización de algo; puesto que en la voluntad sólo entra en juego la libre determinación, desde luego, a las reglas de Derecho público. La causa impone al responsable del órgano administrativo, la realización de un determinado acto.

Del fin del Acto Administrativo

La doctrina ha concordado en definir al fin de acto administrativo como el “para qué” del acto administrativo, coligiéndose que constituye el objetivo a perseguir prescrito en la norma jurídica. Como bien ilustran los autores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) *“al configurar la potestad, la norma de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico, que por de pronto es siempre un fin público”*. (p. 558).

El acto administrativo, en cuanto ejercicio de una potestad o competencia, debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir una finalidad distinta a la asignada, aun cuando se trate de otra finalidad pública, debiéndose tener presente que el fin constituye un elemento importante en el control de la desviación del poder, como lo vimos al estudiar el primer capítulo. Volviendo sobre el didáctico ejemplo propuesto por Ramón Martín Mateo (1995), *“en el caso de la multa se impone la sanción para retribuir negativamente una conducta ilegítima, para evitar que se obstaculice el tráfico, que se haga mal uso de la vías públicas”*. (p. 312).

De modo que toda actividad de la Administración Pública de un Estado, persigue un fin, que siempre está ligado a los objetivos del mismo, en el caso del ejemplo aludido, la vigilancia del orden en la comunidad. Cabe enfatizar, que el Estado Social de Derecho, funda sus caracteres en una administración promotora de la prestación de servicios públicos con eficiencia, calidad, calidez,

equidad, oportunidad, respetando los derechos humanos, dentro de un equilibrio económico, enmarcado en la normativa jurídica para el logro real de la vigencia de la democracia.

La motivación

En un sentido amplio, la motivación consagrada como una garantía constitucional del debido proceso entraña la exigencia que toda resolución de autoridad pública se fundamente en las razones de hecho y de derecho sobre las cuales ésta se hubiera emitido, en resguardo del principio de seguridad jurídica y el control de la arbitrariedad. Nuestra Carta Magna consagra la motivación como garantía constitucional, como lo veremos más adelante en el artículo 76, número 7, letra b); artículo 31 de la Ley de Modernización y artículo 122 del ERJAFE.

A la luz de dichas disposiciones citadas, la Resolución N. 011-2002-AA del Tribunal Constitucional, a propósito de dicha garantía prevista en la Carta Política de 1998, concluyó:

“La motivación es un requisito esencial que determina la relación de la causa y el objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación entre la causa y objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación con la finalidad para la que se toma una determinación. El análisis de la motivación toma en cuenta la razón por la que se adopta una decisión y la finalidad de tal decisión, con el objeto de determinar si el acto ha sido o no de manera arbitraria, debiendo aparecer del acto esa motivación, tanto de modo formal como material”.

Del mismo, la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de Noviembre de 1999, preserva la raigambre constitucional del

principio de motivación dentro de las garantías del debido proceso y concluye que:

La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la misma. La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia.

En este escenario, el tratadista chileno Enrique Silva Cimma (2004) identifica de manera muy adecuada los requisitos a ser satisfechos tanto por la motivación de hecho como la de derecho:

“Motivación de hecho: Son las circunstancias material o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo. Y al respecto señala que debe a lo menos cumplir con dos exigencias básicas: debe existir y estar jurídicamente bien calificado. Que el motivo o la motivación de hecho exista, significa que debe ser real y efectivo, vale decir, que es concreto y cierto. De darse la situación contraria, se tipificaría la falsedad del motivo, lo que ameritaría para demandar la nulidad del acto administrativo.

Motivación de derecho: (...) La doctrina estima que el motivo o motivación de derecho debe cumplir con las exigencias de ser idóneo, concreto y preciso.

Que el acto sea idóneo significa que deben invocarse como fundamento legal del acto administrativo normas vigentes y no derogadas.

Que sea concreto significa que debe individualizarse la fuente legal específica que sirve de fundamento del acto.

Y que sea preciso significa que dicha individualización debe realizarse de manera circunstanciada en términos de identificar con exactitud la norma que se invoca como fundamento del acto administrativo que se dicta". (p. 112)

Rafael Bielsa, en su tratado de Derecho Administrativo, ejemplifica algunas clases de actos que indefectiblemente requieren de motivación para su ejecución.- Dichos actos son los siguientes:

- a.- Los actos emanados del ejercicio del poder de policía, en cuanto afecten las garantías fundamentales de los ciudadanos, y habitantes en general, como es la libertad personal, el derecho de propiedad, y otros de derechos de carácter civil;
- b.- Los actos jurisdiccionales o de sustancia jurisdiccional, por cuanto toda reclamación de un derecho o interés, debe ser presentada en forma explícita, y la representación del mismo acto debe ser fundado y argumentado, a menos que se trate de actos, simple a los cuales haya que situar una determinada norma para su resolución;
- c.- Los actos en que el interés público se interfiere con el privado e implican una concesión, autorización o privilegio;
- d.- Los nombramientos para cargos públicos, las adjudicaciones de obras públicas, suministros si ha procedido concurso o licitación;
- e.- Las medidas coercitivas, toda aplicación de la fuerza coercitiva de orden administrativo, debe tener plena justificación, igual que la que tiene una sentencia de orden penal.
- f.- Los actos del contralor, cuando deniega una autorización o aprobación;
- g.- Las medidas disciplinarias graves, máximo si afectan derechos especialmente de orden patrimonial del funcionario o el buen nombre de dicho funcionario; y,

h.- Toda descendencia, reserva, salvedad u oposición que un miembro de un cuerpo colegiado hace de una decisión a tomarse por dicho cuerpo y que entraña un alto grado de responsabilidad". (Tomo II).

Como se revisa, la motivación, sino es el elemento esencial, es el más importante dentro de la elaboración del acto administrativo, puesto que debe confluir en la relación pertinente entre el hecho causal y la juridicidad, esto es entre las causas que forzan la emisión del acto con la normativa jurídica o los principios jurídicos que se invocan; de tal suerte que, la motivación no existirá si es que de forma taxativa y por tanto expresa no se hace constar en el acto la causa y juridicidad concordante que impelió a la autoridad la emisión del acto, caso contrario, el administrado corre riesgo de quedar en indefensión y el acto puede ser impugnado por anulable o nulo, como hemos visto con anterioridad.

Cómo motivar los actos administrativos

La Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, creador de las bases y estructura del Derecho administrativo continental y por tanto origen de nuestro Derecho administrativo, es el creador de la doctrina de la figura jurídico-administrativa de la motivación; por eso es importante señalar que la misma tiene como esencia y filosofía que el administrado conozca de primera mano por voz de la propia autoridad, cuáles son las razones para dictar o emitir el acto (causa), sobre todo cuando el acto afecte los derechos del ciudadano; la razón de ser de la motivación es que el ciudadano nunca, por desconocimiento real de los hechos, pueda quedar en indefensión, esto llevó a crear una serie de curiales, formas y formalismos, que más allá que simples ritualidades o curiales son verdaderas garantías de protección al administrado y que la más moderna doctrina del derecho administrativo ha señalado como la motivación, por tanto ésta no es pues un requisito meramente

formal, sino sustancia del acto administrativo y por tanto debe entenderse a la misma como:

La motivación consiste en exteriorizar, clara y sucintamente, las razones que determinan a la autoridad administrativa a emitir el acto administrativo. (Emilio Fernández Vázquez. Diccionario de Derecho Público. 1981. p. 504.).

Al respecto el nombrado tratadista Eduardo García Enterría (2004), en su obra Derecho Administrativo, señala que:

(...) como ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de julio de 1981, antes citada “la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino requisito del acto de sacrificio de derechos”; lo mismo la sentencia de 16 de junio de 1982 “debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos” la expresión “sucinta”, que contiene el artículo 54, no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación, aunque, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1982, “la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea la nulidad” (las negritas son mías).

Esta motivación es la que se conoce en el mundo de la técnica jurídico-administrativa como motivación in aliunde, que permite a la autoridad en el acto o resolución remitirse a informes provenientes del proceso incoado a la emisión del acto, veamos conforme este aserto lo que señala el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de España, en su Sentencia 7-2007 de 27 de junio de 2007, publicado en el Boletín Oficial Español N° 190 del 9 de agosto de 2009:

Cuarto. —Olvida de ese modo la decisión judicial que la determinación de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias se adoptó tomando en consideración la propuesta razonada de clasificación inicial, emitida por unanimidad por la Junta de Tratamiento del Centro, que contenía los distintos informes del área psicológica, de conducta y actividades y social, e invocando como fundamentos el Art. 31.1 del Reglamento Penitenciario y 101.1 y 102.3 del mismo texto normativo, y conteniendo el pie de recurso preceptivo en el que de conformidad con lo previsto en los artículos 76.2.f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31.1 de su Reglamento, se ofrecía al destinatario el recurso procedente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Es decir no se trataba de una decisión carente de motivación sino que lejos de ello había cumplido el procedimiento establecido y resolvía el destino inicial del penado haciendo suya la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro de Pamplona en la que se recogían los informes de los profesionales que forman parte de ese Órgano especializado y que estaban contestes en el grado de clasificación del recluso, e indicaban el tipo de centro adecuado para él, decisión que en último término correspondía a la Dirección General.

Había por tanto una motivación in aliunde, sin duda válida para fundar cualquier acto administrativo, que, por cierto, se podía discutir ante esa Jurisdicción, y, además, se dejaba claro en el pie de recurso que esa decisión no era recurrible ante el Juez de Vigilancia. Y tampoco cabe mantener como hizo la decisión que origina el conflicto que el recluso quedase indefenso por la pretendida falta de motivación, por que como es patente y resulta de las actuaciones, estuvo representado y defendido por profesionales en Derecho conocedores del expediente y de los medios de defensa que poseía. (lo destacado me corresponde).

El Tribunal Económico Administrativo de Bilbao España, referido al tema que estamos reflexionando, en su memoria de 2006, en la parte que nos interesa señala que:

a.1. Motivación de las resoluciones: Aceptación de informes.

Reclamación 2006/0834.

“El artículo 54.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que “serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho (...) los actos que resuelvan recursos administrativos”. La motivación persigue tres finalidades distintas: a), constituye una garantía del derecho a la defensa del interesado, de su derecho a la tutela efectiva de sus intereses; b), supone un elemento necesario para comprender mejor y ejecutar el acto administrativo; y c), permite que los órganos competentes puedan controlar la legalidad del acto administrativo. Motivar un acto es manifestar la razón que se ha tenido para dictarlo.

Según el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de marzo de 1998) la motivación “es un instrumento que permite conocer los hechos y las razones jurídicas que impulsan el actuar de quien emana”. No obstante, el mismo Tribunal, en sentencia de 31 de octubre de 1995, entiende que la motivación “no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, considerándose suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisión, es decir, la ratio decidendi determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales.”

En relación con el precepto transcrito de la Ley 30/1992, el artículo 89.5 especifica que “La aceptación de informes o dictámenes

servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Se trata en este caso de una motivación “in aliunde”, que no se encuentra en el propio acto sino que está basada en un informe separado pero que queda incorporado a la resolución porque en la misma se hace suyo aquel (tal y como ocurre en el supuesto de la resolución aquí reclamada, en la que incluso se le da traslado al interesado de una copia del informe citado).

La jurisprudencia ha interpretado en sentido amplio esta norma al no exigir que “la incorporación” consista en la reproducción de los informes o dictámenes sino sólo en su aceptación. Es decir, el artículo 89.5 no se limita a establecer una forma especial en la que puede el acto administrativo exponer la motivación sino que permite que la motivación no se encuentre expuesta en el acto administrativo, sino en el expediente, siempre y cuando el acto administrativo acepte tal motivación como propia. Así, en sentencia de 31 de enero de 1983, el tribunal Supremo ya mantenía que *“este requisito de incorporación no ha de entenderse en su sentido material como de explícita transcripción literal sino más bien como referencia a los que en el expediente constan y que por hallarse a disposición de los interesados estos tienen la posibilidad de conocer en cualquier momento”*. (Las negritas son mías).

Ahora bien, una vez que se ha puesto de manifiesto la doctrina, sobre todo la española, así como la Jurisprudencia de dicho país y su legislación, paso a recordar que nuestra legislación aunque sea de modo tardío se ha hecho eco de dicha doctrina y ha traído a nuestro Derecho positivo dicha institución, en similares términos jurídicos, como paso a reflexionar a continuación.

Recordemos una vez más lo que sobre la motivación dice la Ley de Modernización del Estado, publicado en el Registro Oficial N° 349 de 31 de diciembre de 1993:

Art. 31.- Motivación.- *Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.*

La norma manda que los actos sean motivados y que los mismos indiquen, muestren y señalen los supuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en razón de los resultados del procedimiento; esto significa, que en el acto debe constar no otra cosa que la causa, razones y efectos jurídicos, en razón del procedimiento incoado.

Una vez revisado el primer contenido de la Ley de Modernización del Estado, séame permitido ahora recordar el texto de la Constitución, indicando que la actual trae más o menos contenido similar a la Constitución anterior:

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

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

1. *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (las negrillas me pertenecen)*

Señalo al texto de la Ley de Modernización antes del contenido constitucional, sólo por el hecho de que primero se expidió en 1993 y el segundo recogió esta doctrina en 1998, sin embargo obsérvese que el sentido es el de tener una motivación sucinta, pues lo que se pide es la enunciación de las normas o principios jurídicos y la pertinencia de su aplicación con los antecedentes de hecho. Conforme señala el Diccionario de la Real Academia Española, enunciar no es sino ***“expresar breve y sencillamente una idea”***, lo que supone señalar brevemente las normas jurídicas y su aplicación a los antecedentes facticos, explicando su pertinencia y su nexo causal, cuestión que no es otra cosa que, la articulación de los hechos con la norma.

Ahora bien, sigamos adelante en análisis de nuestra normativa, esto es del Derecho positivado; y ahora reflexionemos sobre lo anotado en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. ERJAFE:

Art. 122.- Motivación:

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

Téngase presente que, la norma trae similar contenido que los textos normativos antes analizados, por lo que me eximo de hacer mayor comentario y tan solo pido que siempre recuerden el significado del verbo “enunciar” conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua; empero me reservo ampliar mi comentario sobre el que, el acto se ha de ajustar a lo dispuesto en

el Reglamento para el Control de Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública, y más bien paso a transcribir por fin lo dicho en el artículo 156, número 5 del ante citado cuerpo normativo:

Art. 156.- Contenido de la resolución:

(...)

5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.

Recuerden que cuando revisábamos la doctrina, jurisprudencia y normativa española, allí se refiere a la Escuela de la motivación in aliunde, y se refiere al artículo 89.5 de la Ley 30/92 (de Procedimientos Administrativos), el texto de nuestro ERJAFE antes referido, es copia al calco de la Ley de Procedimientos Administrativos de España, por lo que para concluir mi análisis señalaré que la motivación del acto es apegada a derecho, a la ley, legítimo, jurídico y el acto es por tanto perfecto y válido, con tan solo enunciar los actos referidos a informes y demás aunque no se los incorpore en el acto mismo, tal como algunos tratadistas suelen en ocasiones confundir; por lo tanto baste tan sólo que la motivación sea suficientemente indicativa de los hechos y razones en los que se funda la autoridad para la emisión del acto, para que la misma como queda anotado, sea perfecta.

Para cerrar esta primera parte de mi reflexión sobre como motivar los actos administrativos, me voy a permitir anotar ahora el artículo 4 del Reglamento Para el Control de Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública:

Art. 4.- De la Motivación.- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal,

sino que lo es de fondo e indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

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

Esta norma reitera que, la motivación se hará en similar forma a los contenidos de la Constitución; además deja expresado que la motivación como hemos explicado no es un requisito meramente formal, sino que a *“través de los motivos los interesados pueden conocer las razones que justifican el acto”* cuestión que a lo largo de la presente exposición ha sido explicada ampliamente, puesto que conociendo los motivos, se puede controlar la actividad de la Administración y el administrado puede justificar, oponerse, alegar y proponer las pruebas que estime necesarias; por tanto la motivación se constituye como se ha insistido, en el elemento que resguarda que el accionar administrativo no sea arbitrario, en tanto sirve para controlar la actividad de la administración y para dar al administrado la posibilidad de ser escuchado en sus descargos o defensa.

Para recrear lo antes señalado enuncio como se han pronunciado nuestras cortes y tribunales, baste citar la Resolución 201-2007, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial N° 341 de 20 de mayo de 2008, que en la parte que nos atañe dice:

QUINTO.- (...) al efecto cabe señalar que, de hecho pueden existir uno o más documentos actuados e incorporados en el sumario administrativo instaurado contra el actor, que sirvieron de antecedente para adoptar la resolución final; pero necesariamente —por mandato constitucional y legal— debe contener una referencia expresa a tales informes o documentos, lo que en el presente caso sí ocurrió, al referirse expresamente en el acto impugnado (...).

Bajo estas argumentaciones, no cabe duda que conforme a nuestra normativa jurídica vigente, en el caso presente, la motivación está en la fundamentación de los hechos concretos, que sirven de presupuesto fáctico de la norma, enunciando los supuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano que ejerce la potestad atribuida, en consideración al procedimiento instaurado.

De la forma del Acto Administrativo.- Toda actividad administrativa está revestida de una serie de formalidades y solemnidades que hay que cumplir para que su realización sea legítima, y estructuren al acto administrativo.

Hay que diferenciar lo que es la forma de lo que es la formalidad, puesto que indiscriminadamente se viene usando estos dos vocablos, lo que trae como consecuencia mucha confusión. Y así tendremos que la forma del acto administrativo, no es sino la estructura, del mismo o sea como debe realizarse dicho acto; en cambio, la formalidad del acto administrativo, es aquella serie de solemnidades que dan forma y eficacia del acto. En otras pala-

bras, la formalidad es el cumplimiento de todos los requisitos señalados para la ejecución de los actos administrativos.

Robusteciendo dicho criterio, Gustavo Penagos (1977) enseña que *“las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes y posteriores al acto. La forma es el modo como se estructura la voluntad administrativa que da vida al acto”*. (p. 84).

Simplificando dicho argumento, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), señalan que *“la declaración en que el acto consiste ha de producirse, primero, siguiendo un iter concreto, y, segundo, a través de determinadas formas de manifestación (...) El procedimiento sería, según eso, un modo de de producción de un acto por aplicación de normas jurídicas superiores a ese acto. (...) Lo que resulta para nosotros relevante en este momento es que el acto administrativo no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del titular del órgano a quien compete tal producción, sino que ha de seguir para llegar al mismo un procedimiento determinado”*. (p. 565).

De tal manera que, la forma del acto administrativo, así como todo acto de Derecho público, está dada por la Constitución, las leyes y los reglamentos. Existe una serie de formalidades de que las que están revestidas los actos administrativos; una de las principales es la constancia escrita, fechada y firmada por el funcionario competente.

Con razón afirma el jurista ecuatoriano Patricio Secaira (2004), que la omisión de requisitos formales “puede provocar la nulidad o la ilegalidad del acto y, en otras ocasiones su inexistencia jurídica, así, si se emite una decisión sin señalamiento de lugar y fecha, el acto es inexistente, pues no se encuentra en la vida jurídica, ya que no puede comprobarse cuando fue dictado ni determinarse si la persona que lo suscribió ejerció la titularidad del empleo públi-

co al emitirlo; la misma suerte corre aquel acto que no se encuentra suscrito". (p. 189).

Al respecto al artículo 123 del ERJAFE determina que:

Art. 123.- Forma:

1. Los actos se producirán por escrito.
2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido; y,
3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

En ciertos casos constituye formalidad principal la publicación. Es la publicación la forma más corriente y eficaz de dar a conocer el contenido de un acto a los interesados. No sólo los actos administrativos de carácter general, es decir los reglamentos, deben ser publicados; los actos administrativos concretos, también deben ser publicados, o al menos, notificados al interesado. Esto depende, claro está de lo que disponga la normativa.

Además nuestra legislación considera que la publicación como solemnidad, condicional la validez y eficacia del acto, pues que mal se puede exigir el cumplimiento de lo que no se conoce.

En determinados actos administrativos, lo que en ellos se ordena, tiene efectos para terceros, desde el momento de su publicación; esta es otra razón para hacerlos conocer.

Del contenido del Acto Administrativo.- Es lo que se manda a hacer o no hacer con un acto administrativo, es la clara determinación de la autoridad pública en su expresión de voluntad. De allí que en la práctica administrativa el contenido se da por el comportamiento de acción u omisión desplegado por el sujeto ejecutor del acto administrativo.

En ese contexto Ramón Martín Mateo (1996) define al contenido del acto administrativo como *“la declaración que el propio acto incorpora y realiza. El contenido es la sustancia del acto, lo que se declara, lo que la Administración decide efectuar a través del mismo. El contenido debe ser, pues, lícito, esto es conforme a la legalidad; razonable, de acuerdo a lo que se propone; posible, en cuanto que elementales imperativos de eficacia hacen que un acto no pueda tener unas características tales que lo conviertan en inviable.”* (p. 310).

De manera general, la doctrina distingue al contenido en: natural, implícito y eventual, desde luego que ellas están íntimamente vinculadas.

a) ***Natural:*** Es aquel que le distingue por su esencia y naturaleza a un acto administrativo de otro, lo que le da su propia identidad. No es posible la existencia de actos administrativos idénticos, los actos pueden ser similares. Este contenido señala el fin específico que se quiere conseguir con la emisión del acto.

b) ***Implícito:*** La formación del acto administrativo siempre debe ajustarse a la normativa vigente de un Estado, tratándose de Derecho público, el órgano, ente o entidad sólo puede realizar aquello que está normado y regulado,

hasta las facultades discrecionales para su pleno ejercicio, en principio, están regladas.

De aquí parten dos grandes principios jurídicos administrativos, la autotutela jurídica y la presunción de legitimidad de las actuaciones administrativas.

b. 1) La Autotutela Jurídica

Todos los dignatarios, autoridades, representantes y en general quien realiza una actividad a nombre del Estado, tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir con la normativa vigente. No se puede concebir al representante de un ente u órgano estatal o para estatal, incumpliendo con la norma jurídica, pues no tendría calidad ética ni moral para pedir a sus subalternos, administrados y ciudadanos en general, que cumplan con las normas que él mismo no está actuando. Se debe tener presente que, todos los servidores, dignatarios y agentes públicos, cuando entran en funciones se obligan a cumplir y hacer cumplir la Constitución y más normativa de un Estado.

b. 2) La presunción de Legitimidad

La actuación de la autoridad pública siempre debe estar acorde con la norma jurídica, la que hace que todos los actos emanados de ella se reputen válidos; cuando el administrado, estima que un acto no reúne los requisitos de validez, puede solicitar su nulidad.

El contenido natural y el contenido implícito legal conforman lo que los tratadistas denominan contenido formal.

- a) ***Eventual:*** Es aquel que puede o no constar en el acto, el hecho de que no aparezca en él no cambia su naturaleza

intrínseca; en contenido eventual, juegan un papel importante los aspectos condición, plazo y modo.

c. 1) Condición: La condición está dirigida a subordinar la iniciación o terminación de la relación jurídica, a un hecho futuro e incierto que tiene efectos jurídicos, desde luego que la condición, en materia de derecho administrativo, ha de ser lícita y posible.

c. 2) Plazo: No es sino el decurrir del tiempo, existen actos administrativos, que tienen una validez de un determinado tiempo. Vg. La autorización para realizar alguna actividad; si el administrado ejecuta su actividad fuera de esos límites de tiempo, puede ocurrir una sanción. Esta cláusula nos indica entonces, desde qué época entrará en vigencia o tendrá eficacia el acto, o en qué época dejará de existir.

c. 3) Modo: Las cláusulas modales establecen una carga al administrado. Vg. La multa o sanción en la eventualidad de incumplir con el contenido del acto. Por medio de esta cláusula, el Estado puede coaccionar al administrado el cumplimiento de sus disposiciones.

De manera que pueden comprenderse a las cláusulas accidentales como aquellas que en virtud de su contenido condicionan, modifican, atrasan o adelantan el cumplimiento del acto administrativo. El contenido eventual lo conforman las denominadas cláusulas accesorias, entre las cuales se encuentra la condición el modo y el término.

Caracteres y efectos del Acto Administrativo.- Los actos administrativos, por regla general, están creados por la Administración Pública para surtir efectos jurídicos. Cuando estos efectos son posibles, el acto administrativo se torna perfecto y entonces estamos frente a un acto eficaz y por tanto ejecutoriable. Sin em-

bargo, cuando los efectos no se producen o al menos no se producen de manera válida, nos encontramos frente a un acto ilegítimo, que puede tornarse en anulable en algunas ocasiones, y en otras puede perder su total validez, eficacia y hasta existencia, entonces hablamos de un acto nulo. Esos efectos, dan lugar a los caracteres del acto administrativo.

- a.- La presunción de legitimidad;
- b.- La ejecutividad;
- c.- La ejecutoriedad;
- d.- La revocatoria.

a) **La presunción de legitimidad:** Cuando un acto cumple con todos los procesos para su formación y expedición, enmarcado dentro de los lineamientos jurídicos previstos, las consecuencias jurídicas del mismo se tornan válidas. La legislación comparada y la doctrina en general establece que el acto así concebido es legítimo. En un sentido amplio, Dromi (379) define a la legitimidad como “la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente (...) La presunción de legalidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad de acto, también llamada presunción de legalidad, de validez, de juridicidad, o presunción de legitimidad”.

Al respecto, el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prescribe lo siguiente:

Art. 68.- Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.

Todo acto emanado de la Administración Pública, se presume legítimo, pues el Estado mismo se sustenta en una organización jurídica que ha de ser respetada y acogida de modo esencial por la Administración Pública, convirtiéndose ella en el principal eje en el que se sustenta una sociedad moderna. No puede haber administrador público, que irrespete la ley o haga caso omiso de ella.

El Estado, como toda institución, basa su fortaleza en la confianza que despliega hacia los demás, los ciudadanos, administrados y gobernados que de modo general tienen o deben tener fe en que sus gobernantes y administradores cumplen de manera ética con los principios de legalidad y la constitucionalidad.

En la presunción de legitimidad, se debe tener presente que el acto administrativo es acto jurídico, y su sujeción y subordinación es a la Constitución y a la ley y no a otro acto de menor jerarquía que dichas normas jurídicas.

Por último cabe anotar que todo acto administrativo es válido, hasta que autoridad competente no declare lo contrario; siendo que la alegación en contra de la regularidad del mismo, corre a cargo del administrado.

- b) **La ejecutividad:** Esta es otra característica esencial de todo acto administrativo. Toda actuación de la Administración Pública debe ser obedecida por los subordinados, administrados, gobernados, por el colectivo en general; la Administración Pública actúa para que sus disposiciones sean cumplidas.

Ilustra de forma precisa Dromi (384) que la ejecutividad es “la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber del cumplimiento del acto a partir de su notificación (...) Todo acto administrativo regular tiene la propiedad de ser esencialmente ejecutivo; es una cualidad genérica inseparable del acto, con independencia de que se ejecute

o no, lo cual puede depender ya de la decisión adoptada por la misma administración, ya de la suspensión dispuesta por el órgano jurisdiccional. (...) Ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto. Es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio que una vez perfeccionados producen todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento”.

En este contexto el artículo 124 del ERJAFE dispone que:

Art. 124.- Ejecutividad.- Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo.

Por tanto un acto administrativo una vez que se ha consolidado luego del cumplimiento del proceso para su emanación, está llamado a cumplir con los efectos para los que fue creado, de modo que dicho carácter se vincula de manera estrecha a la presunción de legitimidad de los actos administrativos y por ende a su validez, entendida como la verificación del cumplimiento de todos los requisitos que corresponden a la existencia del acto.

- c) **La ejecutoriedad:** De manera muy concreta Dromi (2004) define a la ejecutoriedad como “*la posibilidad de la Administración, otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento*”. (p. 385).

Como hemos visto, los actos administrativos nacen a la vida jurídica para ser cumplidos. Cuando un acto administrativo es incumplido, sin que medie oposición en vía administrativa o jurisdiccional, su acatamiento puede ser com-

pelido por la acción de autoridad o de la justicia. El no-acatamiento de disposición legítima de autoridad competente, entraña una penalidad.

Siguiendo el criterio del mismo autor (2004), *“la ejecutoriedad es un típico caso de propia de la función administrativa, a la que el ordenamiento jurídico por ley, contrato o reglamento, le otorga tal carácter, dotándola de medios de coerción que habilitan la realización inmediata y unilateral de esos actos administrativos”*. (p. 386).

En esta línea de pensamiento es importante referirnos a los nexos de causalidad existentes entre los caracteres propios de los actos administrativos; entiendo a la ejecutoriedad como la prerrogativa de la administración para ejecutar coactivamente el acto administrativo. Bien enseña Dromi (2004) que *“la presunción de legitimidad avala la ejecutoriedad, pero a la vez la limita, dado que sólo son ejecutorios aquellos actos que la Administración puede ejecutar per se, dentro de la categoría genérica de actos regulares. La ejecutoriedad da por sobreentendida la ejecutividad, y a su vez la ejecutividad presupone la presunción de legitimidad”*. (p. 387).

En este marco el desacato por parte de la autoridad pública o del administrado, conlleva una serie de sanciones o penalidades, que pueden ir desde la pérdida de los derechos de ciudadanía, el cese de funciones del servidor público, el embargo de bienes y hasta el remate de los mismos. Desde luego, que toda sanción administrativa, ha de preceder una instancia reglada y no podrá aplicar otras sanciones que las establecidas en la ley.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 76 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo determina que:

Art. 76.- Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.

Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo e inciso anterior los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiere la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse.

El primer inciso del artículo citado, entendido como una excepción a la regla de la ejecución inmediata de los actos administrativos, se refiere a la contemplación legal de la posibilidad de suspender la ejecución del procedimiento coactivo cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración, siempre que el impugnante afianzare el interés económico de la Administración. (Art. 75, LJCA)

Al respecto, el ERJAFE consigna el alcance de la ejecutoriedad de los actos administrativos, así como los medios de ejecución forzosa previstos para tal efecto.

Art. 161.- Ejecutoriedad.- Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Art. 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.

- d) **La revocatoria:** Además de ser una característica del acto administrativo, constituye una forma de extinción del mismo. Cuando la Administración, a través de quien emite un acto administrativo, lo deja sin efecto debido a vicios esenciales de legitimidad, estamos revocando un acto.

La potestad administrativa de la autoridad pública, sobre la competencia que a él corresponde, es irrenunciable y también es irrenunciable la potestad de revocatoria del acto, por tanto solo puede revocar quién dictó el acto.

La competencia para revocar un acto no prescribe, lo que implica que el mismo pueda dejar de producir efectos jurídicos en cualquier tiempo.

En este contexto, resulta relevante examinar lo consignado en el ERJAFE, en relación al alcance de la revocatoria de actos:

Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.

1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al

principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico; y,

2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

De la disposición transcrita se extrae que la potestad de la Administración Pública Central de revocar actos opera fundamentalmente en actos desfavorables o que ocasionen gravamen al administrado siempre y cuando tal revocación no constituya contravención al ordenamiento jurídico, al principio de igualdad y al interés público. Del mismo modo en dicha norma se contempla la prerrogativa administrativa de rectificar errores materiales, de hecho o aritméticos constantes en los actos administrativos. Del análisis de dicha norma, se desprende con claridad meridiana, que la revocación opera únicamente sobre actos de gravamen de la Administración, lo que lógicamente excluye de la esfera de dicha potestad los actos creadores de derecho. La legislación comparada ha concebido del mismo modo los alcances de la revocación. En ese sentido Ramón Martín Mateo (1996), en el caso que nos ocupa, refiriéndose a la legislación española, específicamente al artículo 105 de la LRJ-PAC, señala que dicho artículo *"viene a reconocer a nivel normativo general esta facultad de la Administración de revocar en cualquier momento actos expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico"*. (p. 335).

De lo anotado queda claro, que no puede revocarse aquellos actos que crean o reconocen derechos subjetivos a favor del administrado o los administrados, una vez que les hubieren sido notificados. Igualmente, debe hacerse énfasis en que la revocatoria opera exclusivamente en sede administrativa.

Por consiguiente, la anulación de los actos declarativos de derechos y no anulables requiere la declaratoria previa de lesividad para el interés público y debe ser impugnada ante el Tribunal Contencioso Administrativo, según lo preceptuado en el artículo 97 de la ERJAFE:

Art. 97.- Lesividad.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.

Consolidando lo previamente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en resolución del 27 de Mayo de 2002, ante el examen de una resolución administrativa emanada del Director Ejecutivo del INDA por el cual se da origen al nacimiento de derechos a favor del administrado, que tiempo después fue revocada por la misma autoridad administrativa, concluyó:

Hay que destacar el hecho que si el señor Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario INDA, en base a esta resolución al conceder el trámite al recurso de reposición consideró que era procedente la revocatoria de la providencia dictada el 3 de agosto de 1998, debió demandar la lesividad del acto administrativo impugnado, conforme lo determina el artículo 87 del Estatuto del

Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, concordante con el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que prevé que para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: “El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la Ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”. De lo anotado se infiere muy claramente que el Director Ejecutivo del INDA, actuó sin competencia para dictar la resolución que es materia de la impugnación, lo que configura una causa de nulidad de la resolución conforme lo determina el literal a) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que expresamente prevé: “Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo a) La competencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia”.

Clases de actos administrativos

Dentro del gran espectro en el que se ubican los más variados enfoques que califican al acto administrativo, la doctrina preponderantemente los ha clasificado en base a los siguientes criterios; según su contenido, según sus efectos, según la autoridad administrativa de la que emana, según las voluntades que concurren en su emisión, según la función que cumple dentro del procedimiento administrativo, etc.

Apropiadamente diagnostican García de Enterriá y Tomás Ramón Fernández (2004), lo dificultoso de arribar a una fácil categorización de especies de actos administrativos, considerando útil sin embargo, remitirnos a la clasificación propuesta por dichos autores. (573)

Actos decisorios externos y actos no decisorios: Según los autores el acto decisorio externo se caracterizaría por: “a) *ser una declaración administrativa de voluntad*, b) *dirigida a un sujeto, por lo cual se define ejecutoriamente una situación jurídica individualizada de dichos sujetos; o (lo que viene a ser lo mismo contemplado desde la otra vertiente) de la Administración respecto de ellos. Consignado dicho criterio, dichos tratadistas aceptan la división entre actos decisorios (declaraciones de voluntad) y no decisorios (declaraciones de otros estados psicológicos), lo cual ya nos es conocido, y unos y otros o bien externos, afectantes a otros sujetos distintos de la Administración autora del acto, o bien internos, en otro caso*”. (García de Enterría- Tomás Ramón Fernández, 2004, p. 574)

Actos resolutorios o de trámite: En un sentido amplio, los precitados tratadistas aprecian a dicha distinción como puramente funcional en el seno de un procedimiento administrativo; los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles, mientras que la resolución decide sobre el fondo del asunto “*para poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación*”. (García de Enterría- Tomás Ramón Fernández, 2004, p. 575).

Actos favorables y actos de gravamen: Sobre la base de la distinción formulada por Jellinek, los autores españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) califican a dichos actos como “*aquellos actos administrativos que tienen un destinatario interno pueden afectar a éste de dos maneras diferentes: favoreciéndole, con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo, pues, un resultado ventajoso para el destinatario; o bien, segunda hipótesis, restringiendo su patrimonio jurídico anterior, imponiéndole una obligación o una carga nuevas, reduciendo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad hasta entonces intactos*”.

Considerando que la precitada clasificación abarca de manera bastante aceptable, merece un examen especial, la resolución.

Conceptualizando de modo muy ilustrativo la composición del procedimiento administrativo, García de Enterría y Ramón Fernández (2004) exponen:

(...) El procedimiento administrativo aparece como una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones expresadas en actos diversos realizados heterogéneamente (por la función, por la naturaleza) por varios sujetos u órganos, operaciones y actos que, no obstante su relativa autonomía, se articulan en orden a la producción de un acto decisorio final. (...) El procedimiento administrativo no es la expresión de un supuesto acto complejo unitario, desenvuelto a través del tiempo y en el cual participan sujetos y órganos diversos. (...) No es, en efecto, un acto complejo, es más bien un complejo de actos, todos ellos instrumentales o auxiliares del acto final resolutorio o conclusivo, sin mengua de sustantividad jurídica independiente. (p. 567).

De manera que examinando la dinámica del procedimiento administrativo, queda claro que los actos de trámite constituyen actos instrumentales de las resoluciones, las cuales en síntesis, deciden sobre el fondo del asunto. Tal puntualización adquiere trascendental relevancia en la impugnabilidad de los actos administrativos, debiendo precisarse que los actos de trámite son fiscalizables una vez producida la resolución final de la Administración.

Al respecto el tratadista Juan Carlos Benalcázar señala apropiadamente:

(...) El acto de mero trámite no puede impugnarse por sí mismo o separadamente. El énfasis es necesario, pues no se trata de un dominio infiscalizable de la Administración, sino de una regla de orden, de un principio de concentración procedimental: habrá que esperar que se produzca la resolución final del procedimiento para que, a través de la impugnación de ella, se pueda plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite. Sin embargo, el acto de mero trámite es impugnabile, según lo dice el artículo 5 de la LJCA, cuando decide directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que ponga fin al procedimiento o haga imposible su continuación.

El artículo 5 de la LJCA establece que:

Art. 5.- Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación.

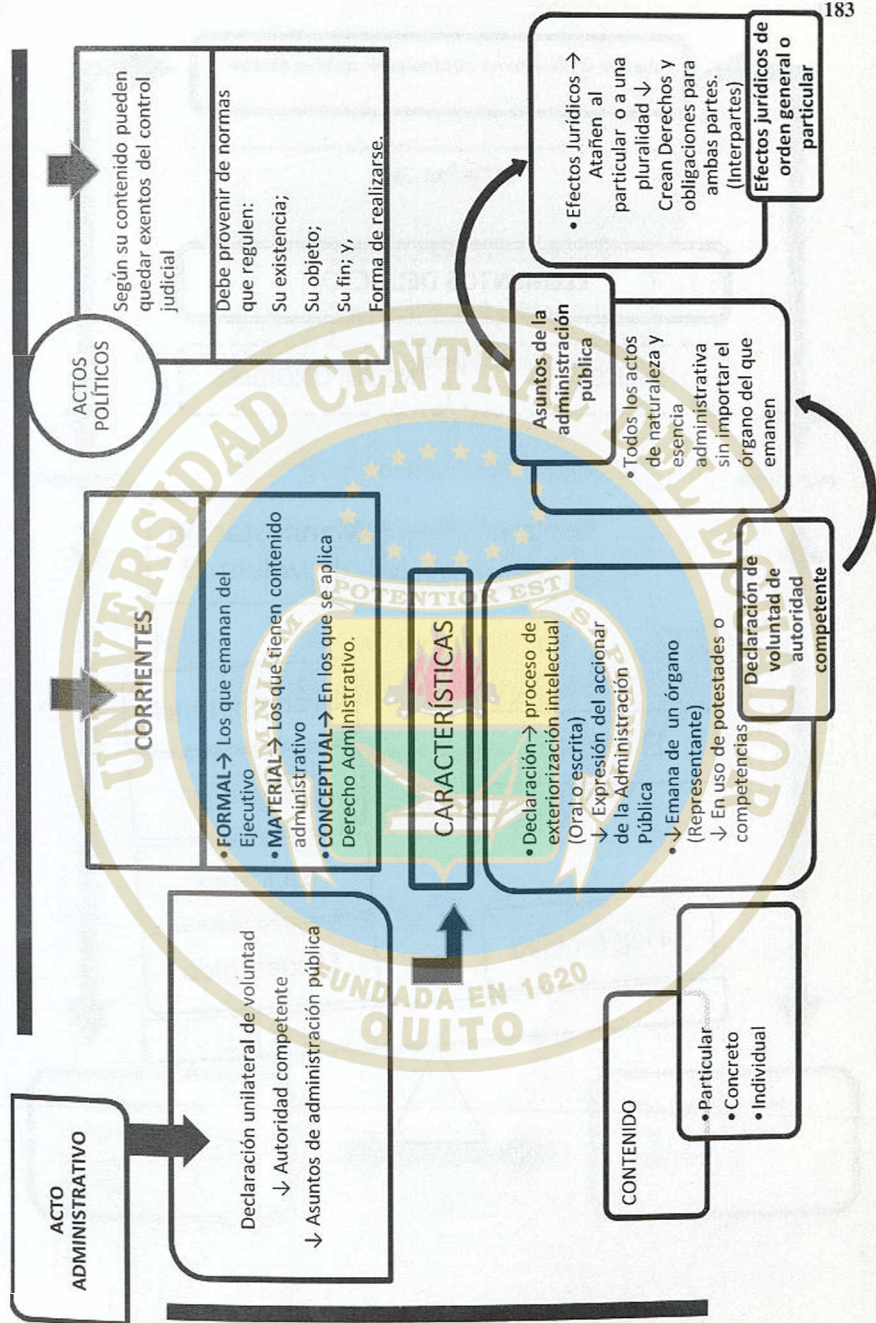
La administración obra en ejercicio de sus facultades regladas cuando debe ceñir sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo.

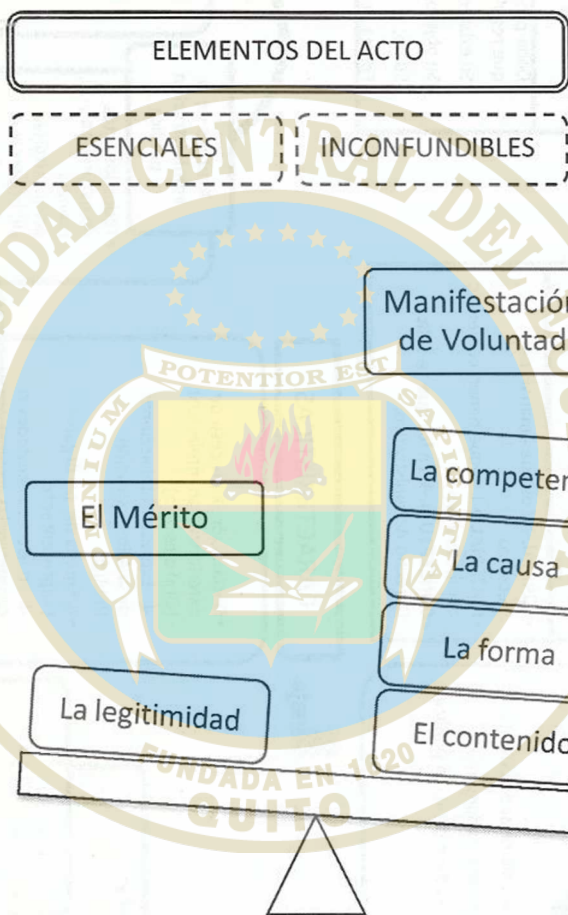
Se presume establecido el derecho en favor del recurrente, cuando la disposición que se cree infringida reconoce ese derecho.

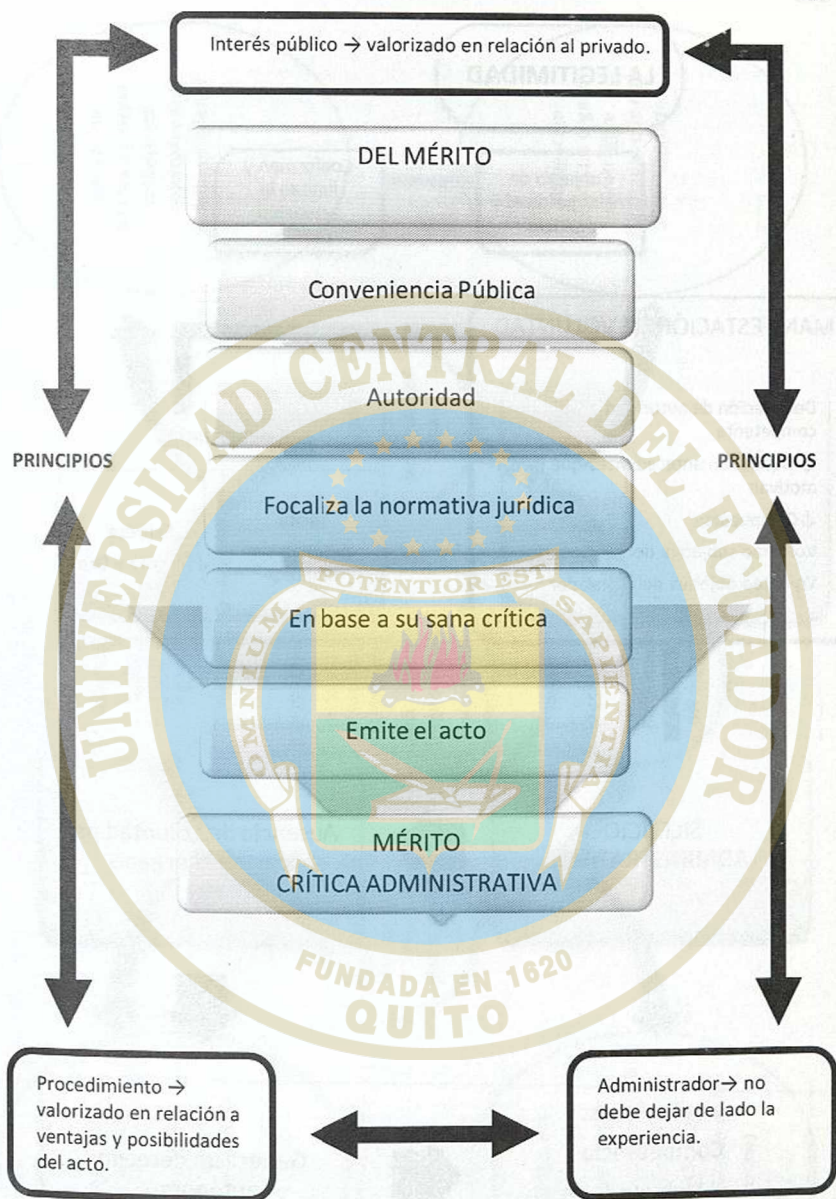
Retomando la naturaleza de la resolución administrativa como un acto jurídico definitivo que concluye un procedimiento sometido a su decisión, debe tenerse claro, que tal agotamiento de procedimiento, impide que el órgano público del cual emana la resolu-

ción pueda volver a decidir sobre lo mismo, sin perjuicio de la posibilidad de impugnarlos vía jurisdicción contenciosa.









LA LEGITIMIDAD

Conjunto de
reglas jurídicas y
políticas

Conforman y
limitan la
actuación
pública.

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

Declaración de autoridad
competente

↓ Basada en antecedentes que la
motivan

↓ Compuesta:

Voluntad subjetiva del funcionario

Voluntad objetiva del legislador

Exteriorización

Tácita

↓ Señales o
símbolos

Expresa

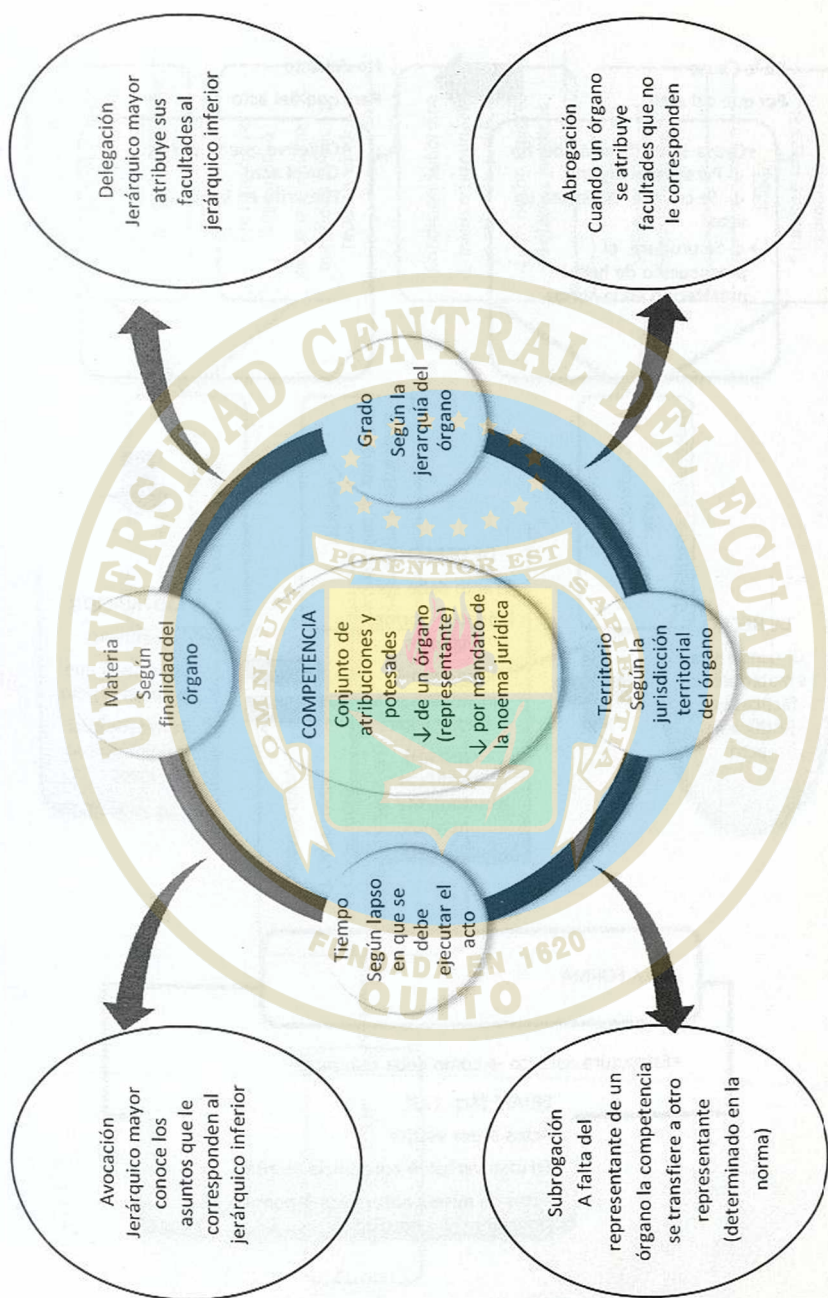
↓ Escrita y Oral

SILENCIO
ADMINISTRATIVO

Ausencia de voluntad por
parte del órgano

Limitaciones:
Competencia
Voluntad
Forma

Genera un derecho
autónomo



De la Causa
Por qué del acto

- Causa → Justificación del fin
↓ Persigue el órgano
↓ Se cumple → ejecuta un acto
- ↓ Se produce el presupuesto de hecho establecido en la norma



Fin del acto
Para qué del acto

- Objetivo que se persigue
Con el acto
Prescrito en la norma

DE HECHO

Circunstancias materiales o fácticas que justifican el acto



DE DERECHO

El acto debe ser:

Idóneo → normas vigentes

Concreto → Individualizar la fuente legal

Preciso → identificar exactamente la norma



MOTIVACIÓN

Justificar:

Las causas que forzaron al acto
Normatividad jurídica que se invoca

DE LA FORMA

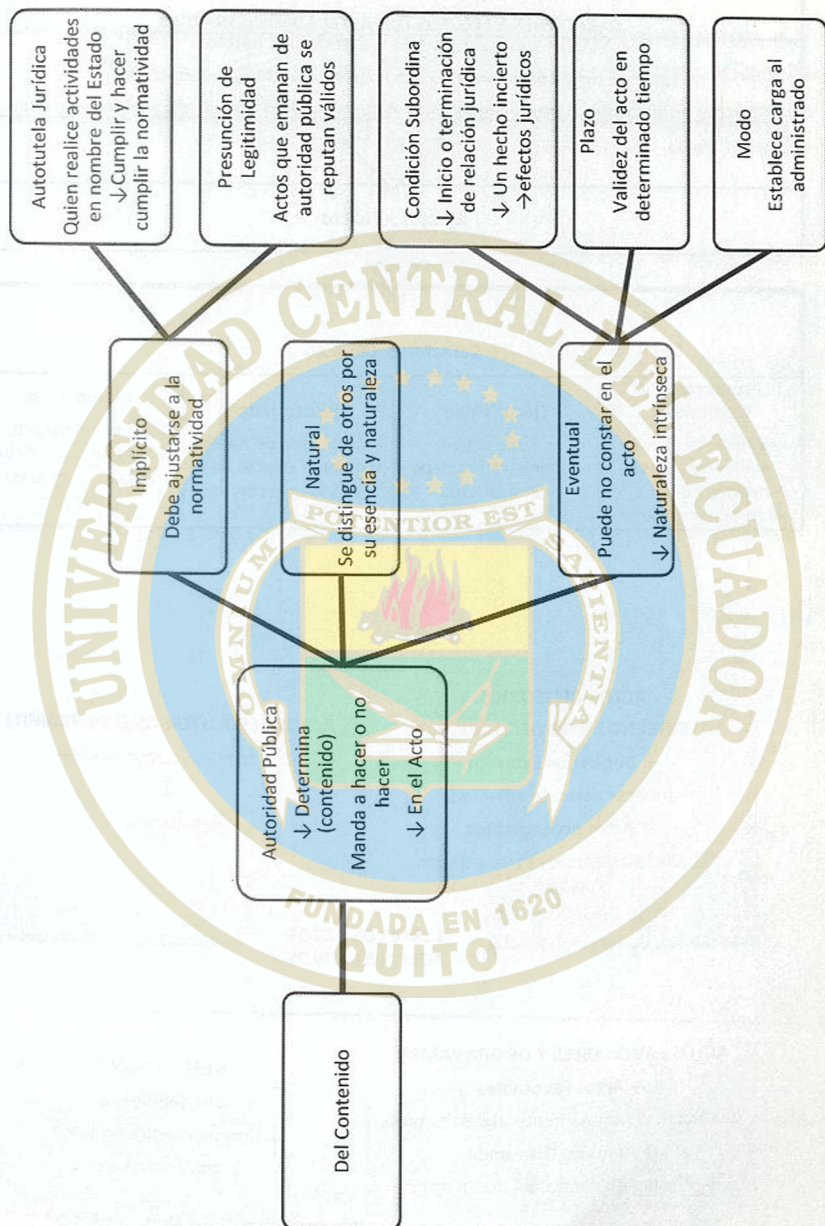
- Estructura del acto → como debe realizarse

ERJAFE (Art. 123)

Actos → por escrito

En caso verbal → constancia escrita

Actos de misma naturaleza → podrán refundirse en uno solo



CARACTERES Y EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Actos administrativos → crean efectos jurídicos

*Efectos Jurídicos posibles → acto perfecto → eficaz y ejecutoriable

*Efectos Jurídicos no se producen o no de manera válida → acto ilegítimo → anulabilidad

Efectos Jurídicos

Caracteres del Acto

Presunción de legitimidad

Validez del acto
→ mientras no se declare nulo por órgano competente

Ejecutividad

Todo acto administrativo debe ser acatado.

Ejecutoriedad

Posibilidad de hacer cumplir el acto de modo coercitivo.

Revocatoria

Extinción de acto
→ Órgano que dictó deja sin efecto en cualquier

ACTOS DECISORIOS

EXTERNOS Y NO DECISORIOS

→ Decisorios Externos

↓ Declaración de voluntad.

→ Actos no decisorios

↓ Declaraciones de otros estados psicológicos

ACTOS RESOLUTORIOS O DE TRÁMITE

Preparan y hacen posible

↓

Resoluciones

CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

ACTOS FAVORABLES Y DE GRAVAMEN

→ Actos Favorables

↓ Afectan ventajosamente al destinatario.

→ Actos de Gravamen

↓ Afectan en contra del destinatario.

RESOLUCIÓN

Acto definitorio

↓ Concluye procedimiento

↓ con su decisión

Lección 5: La eficacia de los actos administrativos. La eficacia y el principio de autotutela declarativa. Condiciones de la eficacia, en especial, la notificación y publicación de los actos administrativos. La suspensión de la eficacia.

La eficacia de los actos administrativos y el principio de la autotutela declarativa

Para adentrarnos en el concepto de la eficacia de los actos administrativos, es necesario remitirnos al principio de autotutela, examinado sumariamente en capítulos anteriores, en virtud del cual se reconoce a la Administración la capacidad como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas. (García de Enterría y Ramón Fernández, Tomo I, p. 515).

De modo que el principio de autotutela, involucra que las decisiones de la Administración están investidas de fuerza ejecutiva, lo que impone su inmediato cumplimiento, inclusive bajo el ejercicio de coacción propia, eximiéndose de la necesidad de contar con el amparo de órgano jurisdiccional.

La autotutela administrativa se cimienta tanto en el aspecto declarativo como ejecutivo, que en definición de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004): *“no enuncia simplemente un sistema de simples facultades de la Administración, sino que define un ámbito necesario de actuación, donde el poder del juez queda excluido, salvo en un momento singular de actuación y con poderes notablemente tasados”*. (p. 517).

De suerte tal que la doctrina, a la luz del principio de autotutela declarativa, ha definido que todos los actos administrativos son ejecutorios, salvo aquellos en los que la Ley expresamente señale lo contrario, situación ésta que sería de carácter sumamente excepcional, como son los casos de autorización o aprobación. En

virtud de la presunción de legalidad, de la cual están investidas las decisiones administrativas, resalto de modo especial, que la ejecución de los actos administrativos no requiere de ninguna sentencia declarativa previa, para su efectivo cumplimiento, trasladándose la verificación del juez a una revisión posterior, que opera ante la eventual impugnación, que en contra del acto pueda incoarse, lo que entraña que la decisión de la Administración es de cumplimiento inmediato y obligatorio previamente a cualquier intervención por parte del judicial. De tal suerte que, los actos administrativos emanados de autoridad se vuelven justiciables, sólo en el evento de que el mismo sea impugnado ante el Contencioso Administrativo.

Reafirmando dicha argumentación los precitados autores (García de Enterría- Tomás Ramón Fernández, 2004) resaltan que, la Administración:

“(...) tiene el privilegio de decidir previamente a toda intervención del juez, en el doble sentido de que para ser obligatoria la decisión administrativa no precisa el previo control judicial y de que ese control sólo es posible cuando la Administración previamente ha decidido de manera ejecutoria (...) La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad”.

Por consiguiente, a la luz del mentado principio de autotutela declarativa, la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, lo que no implica de ninguna manera ni la exención absoluta, ni la investidura a las decisiones administrativas de fuerza de sentencias, en virtud de que la Administración Pública constituye una organización íntegramente “subordinada a Derecho, no señora del mismo, obligada a justificarse en la observancia estricta de las normas legales”, conforme enseñan en su Curso de Dere-

cho Administrativo, los célebres tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004). (p. 515).

En definitiva, el sistema de autotutela reviste a la Administración Pública de la facultad tutelar por sí mismas sus situaciones jurídicas, lo que implica su ejecutoriedad, derivada de presunción de legalidad del cual se encuentran recubiertos los actos administrativos, lo que constriñe a su inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del acto. De lo expuesto puede observarse que el sistema de autotutela de la Administración opera en las fronteras delimitadas por las normas constitucionales consignadas en el artículo 226 de la Carta Magna en lo referente a la subordinación de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y funcionarios públicos a la Constitución y la Ley, así como su artículo 173 que consagra la garantía de impugnación de los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las funciones e instituciones del Estado, ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley; esto implica que si bien todos los actos administrativos son ejecutorios en base el principio de autotutela administrativa y a la presunción de legitimidad de que se encuentran revestidos, no es menos cierto que todos los actos administrativos son susceptibles de ser impugnados, con lo que como vimos anteriormente, la autoridad no puede abusar del poder y convertir sus actuaciones en arbitrarias, antijurídicas y por tanto inviables. Debo resaltar el valor que este precepto, elevado a categoría constitucional, que tiene como objeto garantizar al ciudadano una actuación idónea por parte de la autoridad.

Por lo que debe estar claro que si bien el principio de autotutela jurídica tiene como esencia la condición de ejecutividad del acto, con base a la presunción de juridicidad del mismo, no es menos cierto que también está siempre latente la impugnabilidad que puede ser objeto, en tanto afecten derechos, intereses o hayan

sido dictados con menoscabo de la normatividad jurídica de un Estado o de los principios que la informan.

Condiciones de la eficacia, en especial, la notificación y publicación de los actos administrativos

De la notificación

La doctrina ha sido concluyente en determinar que la notificación, no constituye un requisito de la validez, sino de la eficacia del acto administrativo, al punto que los tratadistas excluyen del procedimiento administrativo constitutivo del acto administrativo, a la notificación, con lo que se deduce que un acto se reputa perfecto y totalmente terminado así no hubiere sido comunicado a las partes; lo que acontece es que el acto se vuelve inviable en sus efectos, dado el desconocimiento de las partes sobre la existencia del mismo, cuestión que produce como reítero que sus efectos sean inejecutables.

Abordando de manera muy precisa las particularidades de la eficacia, Bartolomé Fiorini (1995) manifiesta:

La eficacia permite la practicidad que se encuentra latente en el seno del acto, por eso puede expresarse que el acto administrativo existe pero no se ejecuta. La eficacia es una formalidad que permite su realización. Mientras ésta no aparece, como el acto no crea aún relaciones o vínculos jurídicos con el exterior, podrá ser retirado, desistido o anulado. La eficacia no se identifica con la condición de su exigibilidad, pues un acto puede ser eficaz, pero se difiere su ejecución porque no ha cumplido la que se refiere a su exigibilidad y que podrá ser una fecha determinada o el vencimiento de un plazo, o el cumplimiento de un acontecimiento. (Tomo I, p. 447).

Al respecto, la notificación constituye el requerimiento fundamental para conseguir la eficacia del acto administrativo. Tomando la segunda acepción del Diccionario de la RAE, notificar significa “comunicar formalmente a un destinatario una resolución administrativa o judicial”.

En definitiva, la notificación consiste en someter al conocimiento del administrado, las decisiones emanadas de autoridad pública.

En relación al alcance doctrinario de la notificación, la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador ha realizado las siguientes precisiones:

Notificación es el acto jurídico mediante el cual se comunica de una manera auténtica a una persona determinada o a un grupo de personas la resolución judicial o administrativa de una autoridad, con todas las formalidades preceptuadas por la ley; y la citación es la diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez, para que comparezca en juicio a estar a derecho. Los conceptos doctrinarios transcritos, permiten desprender que notificación y citación son actos procesales que deben ser catalogados entre los actos de comunicación, pero revisten diferencias sobre efectos, formalidades y básicamente respecto a las consecuencias que estos generan. (Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. p. 629. Quito, 26 de abril de 2000).

Con respecto a la subordinación de la práctica de la notificación a las prescripciones normativas, el tratadista mexicano, Alberto Pérez Dayán (2003) señala:

“La notificación de los actos administrativos se encuentra condicionada al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que al efecto establezcan las leyes propias que ri-

jan a cada acto administrativo concreto, en otras palabras, la manera de comunicar a los destinatarios de un acto administrativo el contenido del mismo siempre se encuentra ceñida a las previsiones relativas que contenga la ley, cuyas disposiciones sirvan de fundamento a la autoridad administrativa a dictarlo". (p. 87).

De lo expuesto se extrae que, no obstante que el modo en que se comunican los actos administrativos es generalmente por escrito, la ley es la encargada de reglamentar las exigencias a observarse en la notificación de cada acto administrativo. En suma, la eficacia de los actos administrativos queda supeditada a su notificación, de tal manera que el acto podrá ejecutárselo una vez que se lo hubiere notificado.

En este contexto, resulta adecuado seleccionar varios de los argumentos acogidos por la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina (CSJN, 28/6/1977, "Cima, María Cristina v. Télam SA", JA, 1979-II-541, jurisprudencia citada en el texto de Julio Comadira, 2004):

"(...) c) es un principio liminar que para que un acto administrativo adquiera eficacia se requiere que, a través de los medios legalmente establecidos, tome conocimiento de su contenido el afectado por la decisión. Tratándose de un acto particular se requiere, como condición posterior de su eficacia, la notificación expresa al interesado, única forma en que aquél, hasta entonces reservada en la esfera de su emisor, pueda tener los efectos a los cuales estaba destinado, sin perjuicio de lo cual, la falta de notificación no le quita validez;

g) (...) la competencia del órgano debe examinarse desde la fecha de sanción de los actos administrativos y no a la de su notificación, el acto tiene vida jurídica independiente de

su notificación, en tanto ésta pueda afectar a la vinculación o sujeción del particular al acto, mas no a su existencia.

Sin perjuicio de que la notificación no constituya requisito de validez sino de eficacia, puede derivarse que la verificación de que el afectado de una decisión administrativa llegue a su real y efectivo conocimiento se enmarca en los principios del debido proceso dentro del cual debe resaltarse, el del derecho a la defensa, en virtud del cual se garantiza al administrado su derecho de contradicción. Además la importancia de la notificación, como oportunamente fuese señalado por el Alto Tribunal de Justicia de la República Argentina, radica en que ésta es un requisito indispensable para que transcurran los plazos de impugnación tanto de las normas que rigen los procedimientos en sede administrativa, como los procesos en sede contenciosa, debiéndose igualmente acentuar, su evidente trascendencia en la institución del silencio administrativo, en virtud de que los términos y plazos se computan a partir de la notificación del acto administrativo o la publicación del acto normativo. Por tanto, nótese que el acto administrativo tiene plena validez aún cuando no haya sido notificado, pero carece de eficacia puesto que no ha sido puesto en conocimiento del ciudadano o administrado, de tal manera que, todo acto es eficaz desde el momento en que el interesado tiene conocimiento, con la debida notificación, esto es, haciéndole conocer del contenido del mismo en el domicilio que para tales efectos tenga señalado. Reforzando dicho argumento, cabe remitirnos al criterio del precitado tratadista, Bartolomé Fiorini (1995), quien sostiene que “el error o los vicios de que contengan los instrumentos de eficacia no inciden sobre el acto administrativo que es realmente el objeto del conocimiento del respectivo destinatario”. (p. 447).

Ahora bien, sobre la base de los principios constitucionales de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y debido proceso, es importante remitirnos a la Constitución, a la Ley de

Modernización del Estado, al ERJAFE, al Código Tributario y a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que han previsto a la notificación y sus medios de práctica en los siguientes términos:

Constitución del Ecuador.

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

(...)

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

(...)

d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, el legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

En la parte que nos ocupa es importante tener presente que, la importancia que tiene la notificación dentro de los actos aún jurisdiccionales, ha hecho que dicha figura jurídica ahora tenga la categoría de una garantía jurisdiccional, en la que el juzgador debe considerar poner en conocimiento de sus providencias y demás actos, por los medios más eficaces, esto es por medios idóneos, en el caso judicial, las notificaciones de modo general se hacen en el domicilio que para el efecto señalen las partes, que de modo general es el casillero judicial que pertenece al abogado de la defensa; en tanto que en sede administrativa, cuando el ciudadano o administrado ha realizado alguna petición, solicitud, ha planteado algún reclamo o interpuesto cualquier recurso, la autoridad deberá notificar sus respuestas o dar la atención requerida, en el domicilio que para el efecto haya señalado el

administrado, a menos que la Administración le pida señalar otro domicilio para los efectos de las notificaciones. En ocasiones, también se puede notificar sobre las acciones de la Administración en el lugar de trabajo del administrado, esto sobre todo cuando se producen acciones de personal que le afecten. Debe considerarse que, el domicilio es el lugar de residencia habitual y que el administrado bien puede señalar el domicilio que a bien tuviere, para las notificaciones que haya lugar respecto de todos los asuntos de su interés.

Ley de Modernización del Estado:

Art. 29.- Notificación.- Las autoridades administrativas comunicarán al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido o expedito, siempre y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho.

Es importante observar el contenido de la norma antes referida, de modo particular, aquel hecho de que el aviso se ha de dar en todas las resoluciones incluso en las de trámite, debiendo tener presente que, la notificación se ha de dar en “la dirección para notificaciones”, la disposición señala de que debe existir constancia plena de dicha dirección y que de dicho hecho se pueda dejar prueba, de manera que, la notificación debe ser realizada en el domicilio que el administrado ha fijado para tal efecto y dicho hecho, esto es, el de la notificación pueda ser debidamente probado.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE:

Art. 125.- Efectos:

Los actos administrativos o de simple administración de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

La eficacia está supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior o quedará suspendida cuando así lo exija el contenido del acto; y,

Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. (las negritas me corresponden).

La norma antes aludida, es concomitante con lo expresado en el artículo 29 de la Ley de Modernización y hace énfasis en los aspectos de validez y eficacia del acto administrativo, debiendo recalcar que un acto válido, perfecto, ejecutorio no es eficaz si no se cuenta con la debida notificación o aviso del contenido del acto al administrado. La disposición además quiere asegurar desde cuando surte efecto el acto y de modo claro en el número 2, señala que “la eficacia del acto está supeditada a su notificación”; esto porque al momento de los efectos tiene consecuencias jurídicas, por la caducidad o prescripción.

De otra parte debe mirarse el sentido de la suspensión del acto, cuando en su contenido se señale dicho efecto, esto es un acto condicionado en cuanto a surtir los efectos que el mismo tiene; por ejemplo el nombramiento de un servidor el miso que entrará en vigencia en fecha posterior a la emisión del mismo.

Por último, debe tenerse presente que por excepción se pueden dictar actos con efecto ex – tunc, esto es efectos retroactivos, que se dan de modo excepcional, esto cuando se dicta en sustitución de acto anulado o cuando el nuevo acto tenga efectos favorables para el administrado, cuidando que el hecho causal se haya constituido desde el mismo momento al que se retrotraen los efectos del mismo y mirando que los mismos no afecten derechos adquiridos de terceros.

Art. 126.- Notificación:

1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.
2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas;
3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda; y,

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificaciones.

Esta disposición procedimental, en su número 1, manda a notificar todos los actos administrativos o resoluciones que afecten derechos e intereses de los ciudadanos; téngase por tanto presente que se debe notificar los actos de autoridad que acarreen consecuencias jurídicas, esto es, no se debe notificar los actos de la simple o mera administración, denominados también actos de mero trámite, los mismos que no tienen efectos jurídicos ante terceros o dicho en otras palabras, cuyos efectos son internos.

Lo que se señala en el número 2 del presente artículo, tiene mucha relación con el debido proceso, esto es con el derecho a la defensa, téngase en cuenta que el administrado debe tener noticia clara de absolutamente todas las garantías de que se halla investido, para hacer valer sus derechos, sobre todo cuando el acto emanado de la administración afecte sus derechos o intereses. Al respecto cabe anotar lo que señala Jorge Vélez García (1996) en su texto "Los dos sistemas del Derecho Administrativo", respecto de la necesidad de salvaguardar esta serie de curiales para proteger los derechos del administrado, entre ella la de notificar y señalar los recursos a que hay lugar. A este efecto se debe tener presente lo señalado en la letra m del número 7 del artículo 76 de la Constitución, cuando se prescribe como derecho de los administrados el recurrir del fallo o resolución, en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos, esto sin obviar lo que señalamos en líneas anteriores, esto es, que ningún acto es eficaz si no se ha notificado debidamente y esa notificación debi-

da, es señalando los recursos a que a lugar del acto o resolución de la autoridad.

El número 3 del artículo del estudio, se refiere a fallas en el contenido de la notificación, esto es, se da aviso con el texto íntegro del acto, empero se omite dar aviso de los recursos o el plazo para interponerlos, en este caso, la norma señala que dicha notificación surtirá efectos a partir de que el administrado realice actos que supongan el conocimiento del contenido de la resolución y sus efectos o haya interpuesto algún recurso. Esto es, dejar en el vacío la responsabilidad de notificar con todos los requerimientos y poner al ciudadano en posición de indefensión, mi criterio es que dicho número se lo debe notificar en el sentido de que los efectos del acto inician sólo cuando la notificación sea realizada de modo debido y completo, cuestión que es corroborada en el número 4 cuando se dice que la notificación es válida cuando se ha dado a conocer el texto íntegro del acto, por lo que señalo si esa era la esencia de la norma o el querer de quién la produjo, no se debía haber hecho constar lo señalado en el número 1 y peor aún lo prescrito en el número 2 de este artículo.

Art. 127.- Práctica de la notificación:

1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La acreditación o razón de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y

por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Cuando la notificación inicial se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

3. Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días plazo sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.
4. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las

circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en un diario de amplia circulación nacional. En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

La Administración Pública Central podrá establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.

6. La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos:
 - a. Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada; y,
 - b. Salvo lo previsto en leyes especiales, cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento de selección o contratación pública.

Sobre la forma de notificar los actos, resoluciones o fallos, ya nos referimos en líneas anteriores, esto reviste como hemos visto

radical importancia, por los efectos jurídicos que dicho acto conlleva. De modo general se debe tener en consideración que las notificaciones como se dijo se las debe realizar en el domicilio del administrado, que es de modo general el lugar habitual de su residencia; casi siempre señalo, que en esto se debe estar a las reglas señaladas para el efecto con gran sabiduría a partir del artículo 45 del Código Civil. Así mismo debe ratificarse que, si el administrado ha fijado domicilio en la solicitud, petición o reclamación que realice a la Administración, será en ese domicilio y no en otro en el que deba practicarse la notificación, de modo común encontramos que esta práctica es defectuosa en nuestra Administración, lo que viciaría el proceso incoado en su contra. Una cuestión interesante que se introduce en el número 2 de este artículo es que cuando la notificación es muy difícil de practicar, o porque no se encuentra al administrado en su domicilio, o porque se encuentra a alguien que se niega a recibir, será el actuario quien dejará la notificación en un lugar visible y dejará bajo juramento razón de dicha notificación; téngase en consideración de la gravedad del perjurio, por tanto dicha notificación se la deberá hacer con absoluta responsabilidad y conciencia de tal acto.

Ahora bien, en el número 3 se habla de los sistemas informáticos o telemáticos de notificación y se deja constancia de varias reglas, que se las debe tener presente cuando se utilicen estas herramientas para la notificación, todo esto con arreglo al artículo 56 de la Ley de Comercio Electrónico; al respecto, bien vale anotar que a la actualidad en algunos casos, la función judicial además de notificar a los casilleros, lo hace también al correo electrónico de varios abogados. La nota importante es que, si notificado el administrado telemáticamente por un período mayor a diez días, no accede a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada, lo que tiene como efecto el que se tenga a la notificación como conocida, como se dice en el número 4 de la norma en estudio, a no ser que se compruebe la inutilidad de los servicios informáticos o su falta de acceso.

El número 5, siguiendo los cánones establecidos en el Código de Procedimiento Civil, señala que en caso de que se desconozca el domicilio del administrado, la notificación se hará por uno de los periódicos de mayor circulación nacional, como se ve, se sigue el curial del artículo 82 del precitado cuerpo legal.

Por último al ejercicio de la notificación, en los casos de publicidad del texto se estima alcanzar los efectos de la notificación, como veremos en los términos del artículo que a continuación pasaremos a estudiar.

Art. 128.- Indicación de notificaciones y publicaciones.- Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento.

En los casos que se estime afectar los derechos humanos de una persona, se insta al administrador a ser prudente y cauteloso con el acto de publicidad, solicitándole que sea muy frugal en los datos de la publicación.

Código Tributario

Art. 85.- Notificación de los actos administrativos.- Todo acto administrativo relacionado con la determinación de la obligación tributaria, así como las resoluciones que dicten las autoridades respectivas, se notificará a los peticionarios o reclamantes y a quienes puedan resultar directamente afectados por esas decisiones, con arreglo a los preceptos de este Código.

El acto de que se trate no será eficaz respecto de quien no se hubiere efectuado la notificación

Traemos a colación este artículo para tener presente que, los efectos de la falta de notificación de un acto administrativo, por parte de la administración tributaria, le torna ineficaz.

Art. 105.- Concepto.- Notificación es el acto por el cual se hace saber a una persona natural o jurídica el contenido de un acto o resolución administrativa, o el requerimiento de un funcionario competente de la administración en orden al cumplimiento de deberes formales.

Este artículo del Código Tributario, nos trae un concepto muy acabado de la notificación, cuando señala que la notificación constituye un acto, por el que se da aviso a una persona, sea natural o jurídica, del contenido de un acto o resolución administrativa, requerimiento practicado por un funcionario competente en orden a que el administrado cumpla con sus deberes formales, lo que no es más que la obligatoriedad, que dentro del debido proceso, la Administración dé a conocer con los actos que le afectan, pero así mismo se inscribe en el derecho-deber de todo administrado de señalar su domicilio a los efectos de las notificaciones que se le deban hacer sobre los asuntos o negocios que le correspondan.

Una vez que por la importancia en el tema hemos transcrito los textos del derecho positivado en materia de notificación, se debe tener presente que, el acto de la notificación no entraña una simple actuación de forma, sino que su esencia radica en los formalismos y curiales que debe tener el mismo, tanto en la acción material, esto es, la entrega de lo que se está notificando, el tiempo en el que se está notificando y el contenido de la notificación.

El tratadista uruguayo, Ernesto Sayagüés Laso (2002), en referencia a los efectos del acto, acota que desde que el acto queda perfeccionado se producen normalmente todos sus efectos, no obstante, *“dicho principio general resulta considerablemente limitado por la necesidad de notificar el acto a los interesados o de publicarlo, en su caso, sin cuyo requisito los efectos del acto no alcanzan a aquéllos. Esto ha dado lugar a que la doctrina distinga entre la perfección del acto y su eficacia. Generalmente una y otra se operan en el mismo momento; pero cuando se requiere la notificación o publicación, el acto no es eficaz sino cuando se han cumplido dichos requisitos”*. (p. 487).

De lo anotado, puede observarse que la subordinación de la eficacia del acto administrativo a su notificación o publicación se enmarca en las garantías constitucionales al debido proceso, la seguridad jurídica y el derecho de petición, con especial acento en la materia administrativa, destacándose la exigencia constitucional que pesa sobre la Administración de responder a las peticiones del administrado dentro de los plazos previstos en la ley, vislumbrándose el fundamento constitucional que sustenta la aplicación del silencio administrativo, conforme lo establece el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Debe insistirse pues, que la importancia de la notificación radica, en que a través de su debida actuación en acatamiento a las modalidades y formalidades consignadas en la normativa jurídica se desencadenan los efectos jurídicos del acto administrativo en respeto a las garantías del debido proceso antes mencionadas, elevadas a rango constitucional y constantes en instrumentos internacionales vigentes.

Siendo la notificación el presupuesto de eficacia de los actos administrativos, ésta fija el día de cómputo de los plazos previstos de conformidad a los distintos trámites del ordenamiento jurídico, que deben ser acatados insoslayablemente en resguardo de las garantías del debido proceso. Correctamente manifiesta Fiorini (1995) que:

La notificación particular o la pública que inviste la eficacia en un acto administrativo cumplen dos funciones. Una marca el comienzo de la ejecución; otra, proveniente de la misma notificación fija el plazo para el ejercicio de los derechos de defensa contra el acto. Valor de existencia válida y valor de garantía para los sujetos.

Reafirmando dichas argumentaciones jurídicas y doctrinarias, la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1998 resolvió lo siguiente:

Ante todo conviene señalar que si bien es cierto que, conforme enseña la doctrina, lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras el de legítima defensa. De allí que **las omisiones de plazos**, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las leyes. En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificara la resolución adoptada. (Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. p. 2985. (Quito, 27 de febrero de 1998)

Por último, debemos reafirmar el criterio jurídico que estatuye a la notificación como un derecho básico que tiene todo ciudadano

a ser debidamente informado de los actos emanados de la Administración, tanto más si el contenido del mismo podría afectar sus derechos o intereses y que la notificación debe contener varias condiciones para su plena validez, como es el tiempo en el que debe recurrir, ante quién debe recurrir y qué recurso se debe interponer, de esto se desprende, que el acto debidamente notificado ha de tener eficacia desde el mismo momento que se practica la diligencia en estudio, momento desde el que transcurren los plazos para poder oponerse o impugnar el acto notificado.

De la publicación

Como anteriormente anotamos, el requerimiento de la eficacia se refiere a la notificación al administrado en el caso de los actos particulares y la notificación por publicación en el caso de los actos generales, conforme igualmente se recoge en la normativa nacional, de acuerdo a lo que se expresó en el apartado precedente.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) son enfáticos en precisar que:

La publicación de los actos administrativos no tiene nada en común con la publicación de las disposiciones generales. Es un puro sucedáneo de la notificación, con igual trascendencia que ésta, respecto del “acto administrativo que tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas (Art. 59.5 LPC). La indeterminación previa de los destinatarios del acto y la ausencia de interesados en sentido propio son, pues, los supuestos determinantes de la procedencia de la publicación, que no excusa en ningún caso el deber de la Administración de notificar el acuerdo publicado respecto de quienes “al comparecer en el procedimiento han salido del anonimato para mostrarse, en definitiva, parte interesada en el expediente”. (Sentencias de

19 de junio de 1971 y 4 de noviembre de 1972, entre otras).

Lo que debe quedar claro es que, en el caso de la publicación de actos administrativos, la misma se realiza cuando los efectos de dicho acto, incumben a una pluralidad de personas y su eficacia se inicia con tal actuación material de publicidad, conforme lo señala el ya transcrito artículo 125 número 2 del ERJAFE; por tanto la publicación de actos administrativos en nada se relaciona con la publicación de actos normativos. Advertido este concepto, es necesario recordar que no es similar el acto reglamentario, que tiene efecto *erga omnes*, que el acto de efectos generales, que como ya hemos señalado concierne a una pluralidad de personas.

La suspensión de la eficacia

Ramón Martín Mateo (1996), refiriéndose a la suspensión de la eficacia del acto administrativo puntualiza:

La suspensión implica una transitoria paralización de la eficacia del acto. Decimos transitoria, puesto que, en otro caso, si la suspensión fuese indefinida, equivaldría a la extinción del acto, a su eliminación. (...) La suspensión es normalmente potestativa por parte de la Administración, aunque en ocasiones parezca obligatoria para la mismas, como veremos; la regla general; sin embargo, es el carácter facultativo de la Administración, pues, como ya sabemos, los actos administrativos producen sus efectos con independencia de que se recurra o no contra ellos, al margen de la voluntad de los particulares y sin entrar de momento en el fondo para dilucidar si son o no legítimos. (p. 331).

Como anteriormente advertimos, el artículo 125 numeral 2 del ERJAFE, prevé la suspensión de la eficacia de los actos administrativos “cuando así lo exija el contenido del acto”.

Los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en relación al tema que ocupa el presente acápite, manifiestan:

La eficacia del acto puede cesar temporal o definitivamente. La cesación definitiva puede tener lugar por varias razones: en unos casos el acto se extinguirá naturalmente por su total cumplimiento; en otros, por desaparecer los supuestos fácticos que le servían de soporte, por vencimiento del plazo si estaba limitado en el tiempo o por cumplirse la condición resolutoria si estaba sujeto a ella. La eficacia cesa, también definitivamente, como es natural, cuando se produce la anulación o la revocación del acto.

Por lo anotado, puede observarse que la propia Administración Central al amparo del artículo 125 del ERJAFE puede incluir modalidades que suspendan la ejecución del acto administrativo; salta a la vista que el modo fundamental de ejecución del acto administrativo, es mediante su cumplimiento, pues la rigidez de la aplicación del principio de ejecutoriedad en nuestro ordenamiento jurídico margina la posibilidad de que los actos administrativos se suspendan por la aplicación de medidas cautelares al no ser reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, salvo en el caso del resago de control difuso de la Constitución (Art. 428) o por ser nulos de pleno derecho conforme al artículo 129 del ERJAFE.

En mi parecer lo que trae el artículo 428 del Código Político, no es ciertamente una figura de suspensión de los efectos de una norma jurídica, pues lo que realmente se produce es una especie de silencio negativo, puesto que, si la Corte Constitucional no se pronuncia en el plazo de cuarenta y cinco días, el ciudadano que se sienta afectado deberá acudir ante dicho órgano de control de la constitucionalidad, a proponer, la inconstitucionalidad de la norma. En vía de control de constitucionalidad, la suspensión de

los efectos del acto administrativo, se producía en la consideración del amparo constitucional, que prescribía el artículo 95 de la anterior norma constitucional (1998), cuando suspendía los efectos del acto, hasta mirar la juridicidad del mismo, lo que significa que el acto no quedaba invalidado, como si sucede con la actual acción de protección.

La suspensión de los efectos del acto administrativo, es una figura jurídico-administrativa de importancia, empero debe recordarse que en nuestro sistema judicial, la regla es que no se puedan suspender los efectos del mismo por vía del Contencioso Administrativo, conforme manda el artículo 76 de La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Dicho lo anterior, es importante señalar que todo acto administrativo goza de la presunción de juridicidad, bajo el entendido de que toda autoridad pública, en el ejercicio de sus facultades, cumple a cabalidad con lo estatuido dentro del principio de juridicidad, esto es que, se ha observado el ordenamiento jurídico vigente, los principios generales del derecho y los principios de orden ético, de manera que, el acto tiene un carácter ejecutorio, es decir, es de cumplimiento inmediato, conforme lo establece el artículo 68 del ERJAFE; estando concientes de aquello, es menester señalar que los efectos de algunos actos, pueden causar daño grave e irreparable; frente a estas circunstancias, el Consejo de Estado Francés, creó la teoría de la suspensión de los efectos del acto administrativo, esto es el aplazamiento de la ejecución del mismo, generalmente por vía judicial. En nuestro caso debería ser por vía del Contencioso Administrativo, sin embargo, lo que en realidad sucede es que se detienen los efectos ejecutorios o prácticos de lo que manda el acto administrativo, hasta observar la consistencia jurídica del acto, esto obviamente procede, sólo si quién se siente afectado expone fundamentos responsables, serios y racionales sobre lo que dejó manifestado, léase, que la ejecución del acto

pueda traer consigo daño grave e irreparable. El mencionado artículo 95 de la anterior Ley Fundamental (1998), señalaba que se suspendía los efectos del acto ilegítimo que pudiese causar daño grave e irreparable, cuando se señalaba que: *“Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, **evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave**”*. (las negritas me pertenecen); nótese que lo que está atacando no son otra cosa que las consecuencias, con lo que el acto quedaba intacto hasta mirar la juridicidad del mismo, por tanto de vital importancia es que el acto no adolezca de vicios que puedan acarrear su nulidad.

De lo señalado debe quedar entendido que todo acto administrativo perfecto es válido y por tanto ejecutorio y que puede su vigencia, por motivos, debidamente fundados, graves y por situaciones que sean irreparables, ser suspendida, cuestiones que el ERJAFE, las regula en sus artículos 161 y 169; de suerte que la regla es la plena ejecutoriedad, eficacia y validez del acto, dado por el principio de presunción de juridicidad y autotutela administrativa y la excepción es la suspensión de los efectos del mismo, si se producen algunas circunstancias, que nos lleven a mirar la robustez y consistencia jurídica del acto emitido; para ello es necesario ponderar de modo racional el daño que puede causar el efecto del acto emanado y así mismo mirar si el mismo es de difícil o imposible reparación; el artículo 189 del ERJAFE, recoge lo antes expuesto.

Es importante tener en consideración que los efectos del acto se encuentran suspendidos, conforme el número 4 del artículo 189 del ERJAFE, aún cuando se haya interpuesto recurso ante el contencioso administrativo y dicha suspensión surte efecto hasta

cuando la cusa haya sido sentenciada o se haya concluido la acción propuesta en dicha vía judicial.







Lección 6: La invalidez de los actos administrativos. La invalidez de los actos administrativos: nulidad y anulabilidad. La revisión de los actos administrativos por la propia Administración. La revocación. La rectificación de errores

La invalidez de los actos administrativos

La teoría de la invalidez de los actos administrativos se ha apartado de los criterios aplicables al Derecho civil en razón de que la actividad de la Administración Pública, es regulada por el Derecho público, con consecuencias evidentemente distintas a las señaladas en el Derecho privado, al no ser gobernadas las relaciones administrativas por el principio de autonomía de voluntad. Sin embargo, en un sentido amplio, es conocido que la invalidez de los actos administrativos, deviene de alguna desviación frente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. (Ramón Martín Mateo, 1996, p. 337) Profundizando sobre dicho análisis, Martín Mateo (1996) explica:

En el Derecho privado la regla general es de la nulidad de los actos contrarios a las Leyes; en el Derecho Administrativo, por el contrario es la simple anulabilidad. Ello es así porque el ordenamiento civil se limita a marcar y encuadrar el campo de actuaciones lícitas de los particulares, y, por tanto, todo lo que salga de este acotado ámbito es considerado como nulo. En el Derecho administrativo los supuestos son diferentes, no rige el principio de autonomía de voluntad y las consecuencias son, por ello, diversas. Aquí, por razones de eficacia y economía procesal, se tiende además a la conservación de los actos. (p. 337).

Se puede por tanto leer el artículo 66 de los derechos de la libertad en el texto constitucional, cuando en el numeral 29, literal d) establece:

Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Lo que en concomitancia con lo prescrito en el artículo 9 y 10 del Código Civil ecuatoriano, torna totalmente insalvable de la característica de nulidad de todo acto contrario o prohibido por la Ley.

Tómese en este punto el sentido de lo señalado en el artículo 226 de la Ley Fundamental, por tanto, los administradores públicos están llamados a hacer sólo lo que la Constitución o la Ley le ha atribuido al órgano, cuya titularidad la ejerce; al respecto me parece importante anotar la jurisprudencia emanada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de justicia, en su memorable fallo de 225 de julio de 2002, de las 11h00, cuando señalaron:

Al respecto bien vale señalar que todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, pues conforme al principio, elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, **por lo que en consecuencia cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y en consecuencia de nulidad absoluta.** Siendo la ley el único origen de los actos administrativos, los autores están de acuerdo en que por más que existieran elementos discrecionales en cualquier acto, siempre en él se ha de encontrar por lo menos cuatro elementos reglados, los cuales son: *“(...) la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y -dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará*

normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública". (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 446). Además de estos cuatro elementos reglados que constarán en todo acto administrativo, en cada caso puede haber muchos otros según sea mayor o menor el nivel de legislación que para cada caso establezca el derecho positivo. (Gaceta judicial. Año CIII. Serie XVII. N° 10. p. 3346).

En ese sentido, la aparición del acto viciado en el mundo jurídico es anómala pues adolece de los requisitos esenciales que incumben a su existencia, validez o eficacia. (Roberto Dromi, 2006, p. 400).

Volviendo sobre el criterio de Ramón Martín Mateo (1996), en relación a la composición de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, dicho tratadista expone:

Los vicios de los actos administrativos son objeto de un cierto escalonamiento con consecuencias distintas a las previstas en el Derecho privado. Se gradúa el alcance de las infracciones del ordenamiento jurídico atendiendo a su mayor o menor gravedad. En primer lugar, aparecen los actos nulos, detrás vienen los actos simplemente anulables y, por último, ciertas irregularidades que no bastan siquiera para invalidar el acto. Por encima de esta escala se omiten habitualmente por la doctrina una serie de supuestos que pueden ser calificables como de inexistencia; más allá quizá de los actos simplemente nulos podemos detectar, en efecto, la presencia de actuaciones que no tienen relevancia jurídica alguna, es decir, no tienen ni el mínimo de apariencia jurídica que haga necesario el reaccionar contra ellas,

pudiendo ser simplemente desconocidas por los particulares, puesto que no cumplen ni con los más elementales requisitos para que dentro de la vida jurídica tengan relieve y trascendencia. (p. 337).

No obstante la doctrina no ha convenido de manera concluyente acerca de la aplicabilidad de la teoría de la inexistencia de los actos en el ámbito del Derecho Administrativo, en virtud de su colisión con la presunción de legitimidad de la cual gozan los actos administrativos, lo que no significa de ninguna manera, reconocer que, la expedición de un acto administrativo que adolece de un vicio manifiestamente grosero del cual ni siquiera fuese posible identificar los requisitos elementales de determinado acto administrativo en franca contradicción al ordenamiento jurídico, deba gozar de ejecutividad al amparo del principio de legitimidad.

En este escenario, categóricamente asevera el tratadista Agustín Gordillo (2004) que:

(...) En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica ni siquiera podría ser superada por una hipotética norma legal expresa que así lo dijera, pues allí tendríamos una pretendida presunción legal cuya irrazonabilidad parece manifiesta. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que “Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone.” Pero es claro que ello resulta irrazonable, por ende inconstitucional. (p. 184).

Sin embargo, cabe advertir que la inexistencia jurídica en el plano administrativo, debe ser empleada de forma muy cuidadosa, de

acuerdo a lo enseñado por el tratadista chileno Enrique Silva Cimma (2001), quien manifiesta:

(...) la presunción de legitimidad, que es de la esencia del acto administrativo, nos hace pensar, coincidiendo con el parecer mayoritario de la doctrina, que la inexistencia jurídica trasladada al campo del Derecho Público Administrativo, ha de ser aplicada con mucha cautela, porque de aplicarse de manera generalizada, serían muchos los peligros que semejante posibilidad podría causar. (p. 124).

En definitiva, es importante diferenciar de modo preciso el sistema de nulidades en el Derecho civil y en el Derecho público, como adecuadamente enseña en su Tratado de Derecho Administrativo, Agustín Gordillo (2004):

En el derecho civil la nulidad suele concebirse como una sanción por la ausencia o la alteración de un *elemento constitutivo* del acto; en cambio en el derecho administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes que de un *elemento* suyo viciado o faltante. Esto es así porque en el derecho privado el énfasis sobre la voluntad de las partes (Art. 1197 del Código Civil) “contribuye a presentar cada acto como definiendo su propio orden jurídico” y por ello, si bien existen también nulidades por infracciones al orden público, las principales son aquellas que emanan de una imperfección de los mismos elementos que constituyen el acto. En cambio, las nulidades administrativas no dependen de cuál elemento del acto está viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico. (Capítulo XI, p. 428).

En esa misma línea de razonamiento, Gordillo advierte que en el Derecho civil los vicios que originan las nulidades se encuentran

mayoritariamente, contemplados expresamente en el Código Civil, especificándose inclusive, qué tipo de nulidad corresponde a cada vicio, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo, en cuyo sistema no todos los vicios están recogidos explícitamente en la ley, debiendo efectuarse una valoración de cada vicio en función del caso concreto; reconociendo que, preponderantemente los vicios de los actos administrativos devienen de las actuaciones arbitrarias de la Administración, se hace imposible reducir el examen de los vicios de los actos administrativos, a una fórmula única general. (Agustín Gordillo, 2004, Capítulo XI, p. 430).

En esta misma corriente se inscriben tratadistas como Juan Carlos Cassagne, en cuyo sector, según lo reseña Julio Comadira (2005), se sostiene el criterio, *"de relacionar la invalidez del acto no con la afectación de los elementos esenciales de éste, sino con la entidad o gravedad del vicio en sí, con independencia del elemento afectado"*. (p. 59).

En el plano constitucional de nuestro país, se ha consagrado como el más alto deber del Estado, respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados en nuestra Norma Fundamental. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 de nuestra Constitución, la inobservancia de los derechos de carácter constitucional así como las garantías consagradas en los tratados supranacionales e internacionales implican supuestos de antijuridicidad, no de otra manera se debe leer lo que consta en el número 3, en el inciso segundo del número 8 y en la primera parte del número 9 del precitado artículo.

Con propiedad, razona Gordillo (2004) que:

Las normas, cuya infracción puede dar origen a la comisión de vicios del acto administrativo son tanto *internacionales, supranacionales, constitucionales* como *legales o reglamentarias*, amén de que hay también vicios no contemplados expre-

samente en norma concreta alguna pero que devienen de los principios generales del derecho, los principios jurídicos indeterminados, la garantía de razonabilidad, etc. Las fuentes de los vicios del acto administrativo son así múltiples y se encuentran muy dispersas, siendo más fácil no advertir alguno de los vicios de que un acto puede padecer. Por ello el análisis de los vicios del acto administrativo requiere mayor investigación que el de los vicios del acto jurídico privado. (Capítulo XI, p. 433).

Conforme se había desarrollado en los capítulos precedentes, la actividad administrativa debe encuadrarse en la plena subordinación al Derecho y el reconocimiento y garantías de los derechos de los ciudadanos consagrados tanto en la Constitución de la República, como en los instrumentos internacionales vigentes, de tal guisa que, en lo tocante al acápite que nos ocupa, resulta evidente que el sistema de nulidades del acto administrativo no puede estar subordinado exclusivamente a una enumeración taxativa de causales que invaliden el acto.

El artículo 425 de la Norma Fundamental del Estado consagra la supremacía constitucional y la invalidez de cualquier norma de inferior rango, que contradiga o altere de algún modo sus prescripciones. Dicha disposición constitucional igualmente, manda a las cortes, tribunales, jueces, **autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos** a resolver los conflictos suscitados entre normas de distinta jerarquía, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

Seguidamente el artículo 426 de la Carta Magna establece la obligatoriedad de las cortes, tribunales, jueces, **autoridades administrativas y servidoras y servidores** de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no lo invoque expresamente.

De manera que, al amparo de lo previsto en el Art. 426 de la Constitución, toda autoridad, **inclusive administrativa**, debe abstenerse de aplicar una norma legal que sea incompatible con la Carta Magna. Siguiendo esta misma dialéctica, Enrique Pozo aumenta el alcance de esta interpretación al decir que en virtud del principio de aplicación preferente “durante un proceso, cuando a solicitud de parte en cuyo perjuicio se aplicaría la ley o el acto administrativo, formulada por vía de excepción, o aún de oficio, puede abstenerse de aplicar la norma legal o acto administrativo”. (Pozo Enrique, 2005, p. 155).

Por consecuencia a esta apreciación es evidente que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, acto administrativo u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Como habíamos visto anteriormente, el artículo 129 del ERJAFE, en armonía con las precitadas disposiciones constitucionales, prescribe los casos de nulidad de pleno derecho, de los actos dictados en contravención a los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 (actual 66) de la Carta Política, al igual que los que se opusieren a la Constitución, tratados internacionales y leyes de rango superior, a la luz del precitado artículo 426 de la Norma Fundamental.

Analizada brevemente la teoría de la invalidez de los actos administrativos es menester examinar las dos categorías básicas de las nulidades en el Derecho Administrativo que son, la nulidad absoluta o de pleno de derecho y la anulabilidad o nulidad relativa. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, p. 618).

La Nulidad Absoluta

Anteriormente se había manifestado que la calificación de los tipos de nulidades no se circunscribe de forma exclusiva a la omi-

sión de un elemento esencial en la expedición del acto administrativo, sino a la magnitud de la transgresión del ordenamiento jurídico.

Precisando sobre los alcances de la nulidad absoluta García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) enseñan:

Se dice de un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia comporta una serie de consecuencias características; ineficacia inmediata, *ipso iure*, del acto, carácter general o *erga omnes* de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción. (p. 618).

Sin embargo, es imperativo ser cuidadosos en lo manifestado por los mentados autores, pues en nuestro ordenamiento jurídico se requiere inexorablemente de la impugnación del acto administrativo ante autoridad competente para demoler las férreas presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, estudiadas anteriormente.

Teniendo claro tales precisiones, es conveniente remitirnos a lo enseñado por el tratadista ecuatoriano Patricio Secaira, respecto a los actos administrativos nulos en el ordenamiento jurídico nacional:

El acto administrativo nulo es aquel que nace sin ningún efecto jurídico; pues su defecto de contradicción jurídica es tan evidente o manifiesto que de su simple apreciación y análisis surge su ineficacia, su invalidez jurídica. La propia administración pública tiene competencia para reconocer su nulidad, mediante la expedición de otro acto que lo deje sin efecto, siempre que no haya declarado derechos subje-

tivos y no se lo haya publicitado; pues caso contrario; esto es cuando hace tal declaración y la notificación se ha producido, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y sólo puede quedar sin efecto por decisión jurisdiccional que siempre tendrá efectos retroactivos.

De acuerdo a lo que habíamos analizado en líneas anteriores, la revocación de los actos administrativos, una vez que el acto administrativo hubiese generado derechos a terceros, su impugnación debe ser realizada en sede judicial a fin de conseguir su anulación, la cual cabe advertir, no opera de oficio.

En armonía con el sistema de nulidades imperante en nuestro ordenamiento jurídico, la Procuraduría General del Estado, en resolución de 3 de Julio de 2002, en respuesta a la consulta formulada por la Municipalidad de Aguarico, concluyó:

Los actos administrativos expedidos por el Consejo Cantonal, gozan de la presunción de legalidad y ejecutoriedad, mientras no hayan sido declarados nulos por autoridad competente. Para el efecto, a petición de parte se deben impugnar esos actos por la vía judicial idónea. (las negritas y lo subrayado es nuestro).

Las atribuciones del Consejo Provincial y del Tribunal Constitucional, se encuentran establecidas tanto en la constitución como en la ley. En tal virtud, al tener el Tribunal Constitucional la facultad de conocer y resolver sobre la constitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, no está exento de pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos por el Consejo.

Del pronunciamiento de la PGE, se evidencia el férreo raigambre de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad en nuestro orde-

namiento jurídico, el cual no ha favorecido la inexistencia del acto administrativo, *"pues se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos entre los absolutamente nulos"*. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 16 de Mayo de 2001, Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. p. 1527).

No obstante, no debemos perder de vista conforme se había argumentado, que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad no es absoluta, en virtud de la obligatoriedad de las cortes, tribunales y autoridades administrativas de salvaguardar la supremacía de La Carta Magna a través del control constitucional difuso de los actos de los poderes públicos, previamente enunciado, conforme el mandato prescrito en el artículo 173 de la carta fundamental.

A su vez, debe quedar absolutamente claro que contrario a lo que enseña masivamente la doctrina actual, inclusive la inexistencia de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico debe ser declarada por órgano competente.

Al respecto, el constantemente aludido, tratadista ecuatoriano Patricio Secaira sobre los actos administrativos inexistentes, manifiesta:

(...) Estos actos administrativos no pueden ser convalidados jamás, ya que al no existir en la órbita jurídica mal pueden superarse sus graves defectos. La doctrina señala que estos actos pueden ser impugnados en vía judicial o administrativa en cualquier tiempo, como si se tratase de un recurso objetivo; para lograr únicamente la formalización de su invalidez e ineficacia y, en este caso, dicha declaratoria tiene los denominados efectos ***ex tunc*** (retroactivo). Como ejemplo puede señalarse que si un acto administrativo no tiene la fecha de emisión o firma del titular del órgano

tivos y no se lo haya publicitado; pues caso contrario; esto es cuando hace tal declaración y la notificación se ha producido, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y sólo puede quedar sin efecto por decisión jurisdiccional que siempre tendrá efectos retroactivos.

De acuerdo a lo que habíamos analizado en líneas anteriores, la revocación de los actos administrativos, una vez que el acto administrativo hubiese generado derechos a terceros, su impugnación debe ser realizada en sede judicial a fin de conseguir su anulación, la cual cabe advertir, no opera de oficio.

En armonía con el sistema de nulidades imperante en nuestro ordenamiento jurídico, la Procuraduría General del Estado, en resolución de 3 de Julio de 2002, en respuesta a la consulta formulada por la Municipalidad de Aguarico, concluyó:

Los actos administrativos expedidos por el Consejo Cantonal, gozan de la presunción de legalidad y ejecutoriedad, mientras no hayan sido declarados nulos por autoridad competente. Para el efecto, a petición de parte se deben impugnar esos actos por la vía judicial idónea. (las negritas y lo subrayado es nuestro).

Las atribuciones del Consejo Provincial y del Tribunal Constitucional, se encuentran establecidas tanto en la constitución como en la ley. En tal virtud, al tener el Tribunal Constitucional la facultad de conocer y resolver sobre la constitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, no está exento de pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos por el Consejo.

Del pronunciamiento de la PGE, se evidencia el férreo raigambre de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad en nuestro orde-

namiento jurídico, el cual no ha favorecido la inexistencia del acto administrativo, *“pues se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos entre los absolutamente nulos”*. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 16 de Mayo de 2001, Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. p. 1527).

No obstante, no debemos perder de vista conforme se había argumentado, que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad no es absoluta, en virtud de la obligatoriedad de las cortes, tribunales y autoridades administrativas de salvaguardar la supremacía de La Carta Magna a través del control constitucional difuso de los actos de los poderes públicos, previamente enunciado, conforme el mandato prescrito en el artículo 173 de la carta fundamental.

A su vez, debe quedar absolutamente claro que contrario a lo que enseña masivamente la doctrina actual, inclusive la inexistencia de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico debe ser declarada por órgano competente.

Al respecto, el constantemente aludido, tratadista ecuatoriano Patricio Secaira sobre los actos administrativos inexistentes, manifiesta:

(...) Estos actos administrativos no pueden ser convalidados jamás, ya que al no existir en la órbita jurídica mal pueden superarse sus graves defectos. La doctrina señala que estos actos pueden ser impugnados en vía judicial o administrativa en cualquier tiempo, como si se tratase de un recurso objetivo; para lograr únicamente la formalización de su invalidez e ineficacia y, en este caso, dicha declaratoria tiene los denominados efectos ***ex tunc*** (retroactivo). Como ejemplo puede señalarse que si un acto administrativo no tiene la fecha de emisión o firma del titular del órgano

público, inexistente jurídicamente, no tiene valor ni eficacia material ni legal alguna, pues no se encuentra en el mundo jurídico formal de la administración. Su inexistencia puede ser declarada aun de oficio en sede administrativa, cuando no han sido ejecutados y, en sede judicial cuando han sido ejecutados. Cuando asoma un acto inexistente la administración y los administrados no están obligados a cumplirlos. (Lo subrayado nos pertenece).

Nuestro ordenamiento jurídico, en el ERJAFE determina los casos de nulidad de pleno derecho:

Art. 129.- Nulidad de pleno derecho:

1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:
 - a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;
 - b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio
 - c. Los que tengan un contenido imposible
 - d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
 - e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
 - f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,
 - g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Del examen de esta norma jurídica, pueden apreciarse los casos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, salvaguardándose la vigencia de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, así como la supremacía de sus disposiciones en la normativa legal. Del mismo modo, se evidencia la protección de la precitada norma al respeto del principio de legalidad de las actuaciones de los poderes públicos, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 226 de la Norma Suprema. Es bueno tener presente que las libertades se encuentran ahora expresadas en el artículo 66 del Código Político y en el 425, consta la jerarquía de las normas jurídicas.

En este sentido, el sistema de revisión de tales disposiciones y actos nulos se encuentra expresado en el artículo 167 del ERJA-FE:

Art. 167.- Revisión de disposiciones y actos nulos:

1. La Administración Pública Central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto.

2. Asimismo, en cualquier momento, el máximo órgano de la Administración Pública Central, sea ésta adscrita o autónoma, de oficio, y previo dictamen favorable del Comité

Administrativo, podrá declarar la nulidad de actos normativos en los supuestos previstos en este estatuto.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Comité Administrativo cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad de este estatuto o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. (Lo subrayado nos pertenece).

4. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, si caben indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, las cuales deberán ser liquidadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, en la vía de ejecución pertinente.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma estimada por silencio administrativo.

Del análisis de esta norma, se aprecia la facultad de la Administración Central de revisar de oficio los actos administrativos nulos de pleno derecho y la limitación de los plazos en que deberá dictarse la resolución, so pena de que el procedimiento caduque, contemplándose del mismo modo el reconocimiento de indemnizaciones a los interesados por la declaratoria de nulidad del acto administrativo.

En armonía con las precitadas disposiciones, el artículo 93 del ERJAFE prescribe la extinción de oficio de los actos administrativos por razones de legitimidad:

Art. 93.- Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que **dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.** (las negritas nos pertenece).

Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al presente estatuto también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.

En este sentido debe quedar definitivamente entendido que, la extinción de un acto administrativo por la propia Administración, es posible mediante la expedición de un nuevo acto que lo deje sin efecto, siempre y cuando dicho acto no hubiere sido ejecutado, ni tampoco hubiere declarado derechos al administrado. Como se analizó anteriormente, en el evento de que la Administración intentare revocar este acto administrativo, deberá declarar su lesividad mediante resolución administrativa y demandar su anulación en sede jurisdiccional.

En síntesis, una vez que los actos administrativos viciados de nulidad hubieren sido notificados y declarado derechos subjetivos, únicamente pueden ser anulados por decisión jurisdiccional, que opera con efectos retroactivos. Al respecto, el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé el recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, el cual “tutela el

cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal”.

Sin embargo, debe advertirse que los actos administrativos nulos y anulables.

La anulabilidad de los actos administrativos

En un sentido amplio, los actos administrativos anulables adolecen de irregularidades no constitutivas de nulidad mayor como las estudiadas en el capítulo precedente.

Sobre los actos administrativos anulables, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, (2004), enseñan:

La anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado del acto viciado. Para ello se reconoce a éste la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afectado no se produce el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de la seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de pendencia prolongada. Por las mismas razones, la propia Ley permite la convalidación de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar (Art. 67 LPC). (p. 646).

De lo expuesto, podemos apreciar que el supuesto de anulabilidad se circunscribe a una infracción menor al ordenamiento jurídico, remediable mediante la enmienda del vicio del acto del que originalmente adolece el acto administrativo, pues al estar dicho

acto investido de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, se determina un límite de tiempo para su impugnación, en resguardo de la seguridad jurídica y satisfacción de los fines públicos.

En este sentido, la anulación del acto, debe ser invocada únicamente por las partes interesadas pues en “instancia administrativa sólo es potencialmente nulo y los órganos de la administración no pueden anularlos por sí mismos, salvo disposición legal expresa”. (Secaira, 2005, p. 207).

Al respecto el artículo 130 del ERJAFE regimenta la anulabilidad de los actos administrativos:

Art. 130.- Anulabilidad:

1. Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

Es evidente que la anulabilidad de los actos administrativos dependerá de que los vicios de los cuales se encuentren afectados, angustien de manera patente el derecho de defensa de los administrados, caso contrario se prevén los recursos al servicio tanto de la Administración como de los administrados,

para restaurar el orden jurídico lesionado en el procedimiento administrativo, a fin de evitar que la excesiva formalidad de los recursos de orden procedimental agobien la buena marcha del procedimiento en cuestión, con el consecuente impedimento de que la satisfacción del interés público se concrete.

Como bien afirman García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), fundamentados en el análisis de la Ley de Procedimiento Administrativo de España, que en su artículo 63, correspondiente a la anulabilidad del acto administrativo es idéntico a la de nuestro ERJAFE:

Al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce tan siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera de plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial, o se produzca una situación de indefensión. (Tomo I, p. 652).

De manera que, la doctrina se ha inclinado en defender, a la luz del principio de economía procesal que la eficacia anulatoria de los vicios de forma, debe ser restringida y subordinada siempre a la posibilidad de enjuiciamiento de fondo del asunto, en aras de conservar la estabilidad de los actos administrativos y no enervar la normal marcha del procedimiento, pues la ley confiere tanto a la Administración como al administrado, los remedios necesarios para curar al acto administrativo viciado.

La revisión de los actos administrativos por la propia Administración

Conforme habíamos estudiado, los actos administrativos anulables pueden ser convalidados por la Administración, subsanando los vicios de que padezcan, en miras a salvaguardar la estabilidad jurídica haciendo “predominar el concepto de lo sustancial frente

a lo adjetivo, evitándose de esta manera permanentes pronunciamientos sobre ilegalidades que la administración hubiere podido corregir”. (Jaime Santofimio Gamboa, 2003, Tomo II, p. 351).

En virtud del sistema de nulidades que operan de pleno derecho, analizadas en el acápite correspondiente, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 129 del ERJAFE, el mismo cuerpo normativo determina los vicios que impiden la convalidación del acto en su artículo 94:

Art. 94.- Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho:

- a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;
- b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,
- c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

De la lectura de esta norma se evidencia, la imposibilidad de convalidar actos viciados de nulidad, cuya sanción se reserva para las violaciones más graves al Ordenamiento Jurídico.

En armonía con lo expuesto previamente, en lo tocante a la convalidación de los actos administrativos, el ERJAFE prescribe los vicios susceptibles de convalidación que tiene como propósito garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico.

Art. 95.- Vicios susceptibles de convalidación.- Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente.

Por lo dispuesto en esta norma jurídica, los actos administrativos viciados pueden ser convalidados, salvo los manifestamente nulos previstos en el artículo 94 del ERJAFE.

Sobre la convalidación de los actos administrativos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1 de Noviembre de 2003, manifestó lo siguiente:

En ciertos casos y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto ese acto irregular queda convalidado. Acerca de la terminología a usar en esta materia hay todavía mucha confusión en los textos legales, en la doctrina y en la práctica administrativa. Corrientemente se usan las expresiones de confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme. Como el alcance que le atribuimos al acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas

las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización y aprobación que faltaba, etc. desde luego que no todos los actos pueden ser convalidados. Los actos radicalmente nulos, por falta de sus elementos esenciales, no pueden serlo. (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. p. 4798).

La revocación

Conforme revisamos profundamente en el capítulo cuarto, la revocación es un acto administrativo emanado de la propia Administración, encaminado a dejar sin efecto un acto administrativo por causa de oportunidad, de conveniencia del interés público o de legitimidad. Sin embargo, cabe recordar, que la potestad revocatoria no es irrestricta, más aún cuando el acto administrativo hubiere declarado derechos subjetivos, en cuyo caso la Administración deberá declarar lesivo el acto, a diferencia de los actos de administración que pueden ser revocados en cualquier tiempo, en virtud de que no rebasan la esfera administrativa. Dichas consideraciones quedan expresadas de modo general, en virtud que este tema se lo abordó suficientemente en el capítulo cuarto.

Sin embargo, debe advertirse, en concordancia con lo que señalan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) que *“los términos revocación y anulación suelen ser empleados indistintamente por la Ley, la jurisprudencia e, incluso, la doctrina, aunque en ésta existen opiniones diversas en relación al diferente significado de uno u otro”*. (p. 675).

Tal precisión tiene un gran valor en el presente capítulo pues, agregados a los procedimientos aquí analizados, los actos administrativos pueden ser anulados en vía de recurso, administrativo y jurisdiccional. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo I, p. 675).

La rectificación de errores

La doctrina ha coincidido en que la rectificación de errores de “hecho o matemáticos”, según lo recoge nuestra legislación, no implica una revocación del acto en términos jurídicos. A criterio de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) “el acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equívoco”. (Tomo I, p. 667).

Al respecto las disposiciones del ERJAFE referentes a la rectificación de errores, mandan:

Art. 98.- Rectificaciones.- Los errores de hecho o matemáticos manifestos pueden ser rectificados por la misma autoridad de la que emanó el acto en cualquier momento hasta tres años después de la vigencia de éste.

Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores:

1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.
2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

De las normas transcritas puede apreciarse que existe una limitación de tiempo para la rectificación de esta clase de errores, dado que debe preservarse la estabilidad de los actos administrativos.

En este mismo escenario el Código Tributario prevé los casos en que la Administración está facultada a rectificar los errores de hecho y de cálculo constantes en sus actos de determinación y en sus resoluciones, rectificaciones obviamente sujetas, a los plazos de prescripción.

Art. 89.- Determinación por el sujeto pasivo.- La determinación por el sujeto pasivo se efectuará mediante la correspondiente declaración que se presentará en el tiempo, en la forma y con los requisitos que la ley o los reglamentos exijan, una vez que se configure el hecho generador del tributo respectivo.

La declaración así efectuada, es definitiva y vinculante para el sujeto pasivo, pero se podrá rectificar los errores de hecho o de cálculo en que se hubiere incurrido, dentro del año siguiente a la presentación de la declaración, siempre que con anterioridad no se hubiere establecido y notificado el error por la administración.

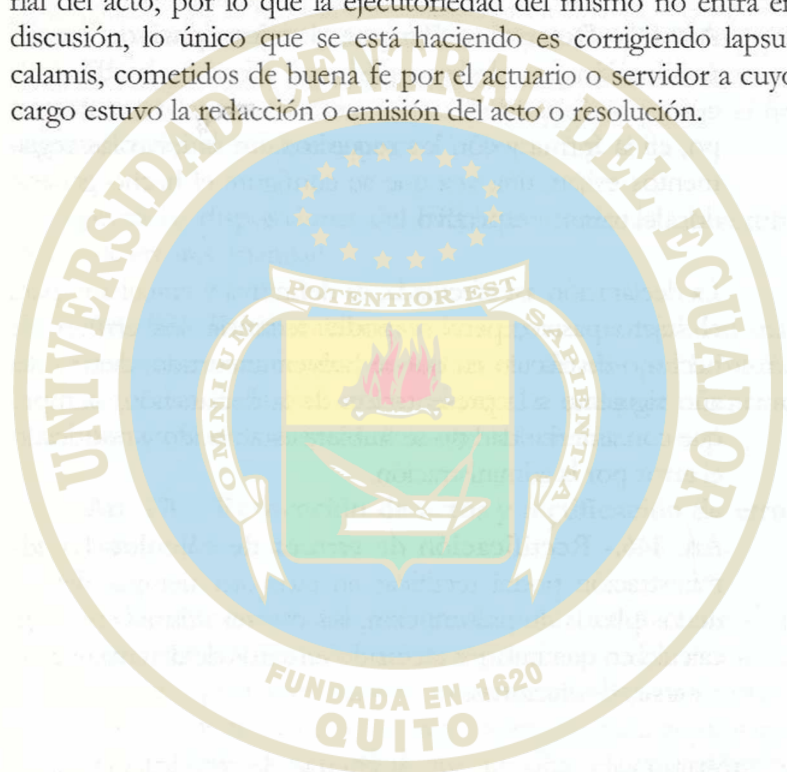
Art. 146.- Rectificación de errores de cálculo.- La administración podrá rectificar en cualquier tiempo, dentro de los plazos de prescripción, los errores aritméticos o de cálculo en que hubiere incurrido en actos de determinación o en sus resoluciones.

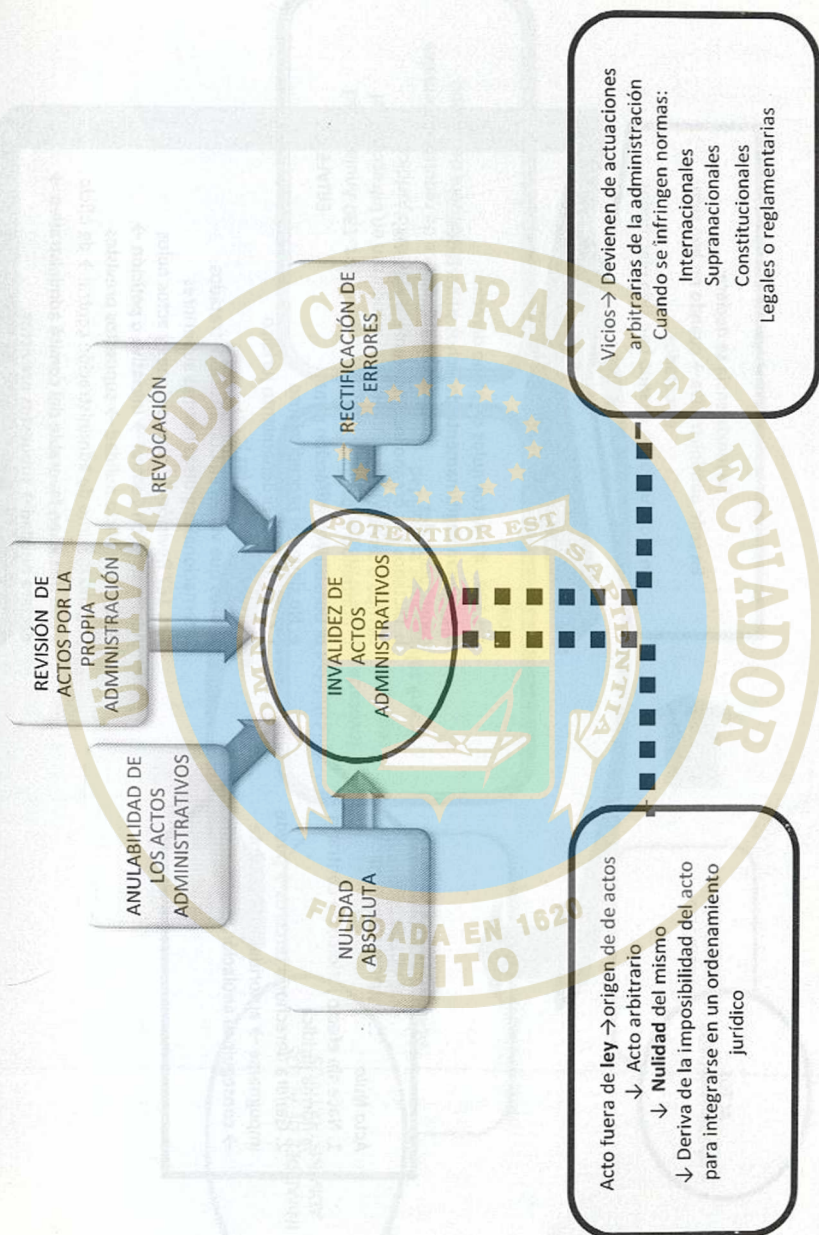
Sin embargo cabe advertir que, la libertad de rectificación material puede entrañar el peligro de que la Administración la invoque para a través de ella “realizar verdaderas rectificaciones de concepto”, no obstante lo previsto en las precitadas normas jurídicas. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, p. 668).

Los mismo autores (2004) aleccionan sobre la naturaleza de dicha rectificación y su alcance, en sujeción a la jurisprudencia de su país (Sentencia de 24 de Enero de 1996), en la que se concluyó

que podrán rectificarse aquellos errores que “no transforman ni perturban la eficacia sustancial del acto que existen”.

Por lo que debe quedar claro que a manera de rectificar errores de hecho, no se puede pasar a cambiar el fondo o la verdad material del acto, por lo que la ejecutoriedad del mismo no entra en discusión, lo único que se está haciendo es corrigiendo lapsus calamis, cometidos de buena fe por el actuario o servidor a cuyo cargo estuvo la redacción o emisión del acto o resolución.





ACTOS
ADMINISTRATIVOS

NULIDAD
ABSOLUTA



Su inexistencia se declara:
En sede administrativa → cuando no han sido
ejecutados

En sede judicial → cuando han sido ejecutados



Acto Nulo

1. Nace sin efecto jurídicos → contraria la norma jurídica
2. Genera derechos a terceros → puede impugnarse → autoridad competente → conseguir su anulación

ERJAFE

Art.129.- # 1 Actos nulos de pleno derecho:

- a. Lesionan ilegítimamente derechos y libertades constitucionales
- b. Dictados por órgano incompetente → materia, tiempo o territorio
- c. Contenido imposible
- d. Constituyen infracción penal
- e. No siguen el procedimiento
- f. Contrarios al ordenamiento jurídico
- g. Otros que digan las leyes

2 Los que vulneren Constitución- tratados internacionales y otras normas superiores

Art. 167 Revisión de disposiciones y actos nulos

Administración Central → iniciativa o petición →

declara de oficio nulidad → supuestos previstos

Órgano máximo de administración central → de oficio

y con dictamen favorable del comité administrativo →

declara nulidad → supuestos previstos.

INVALIDEZ DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS

ANULABILIDAD DE
LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS

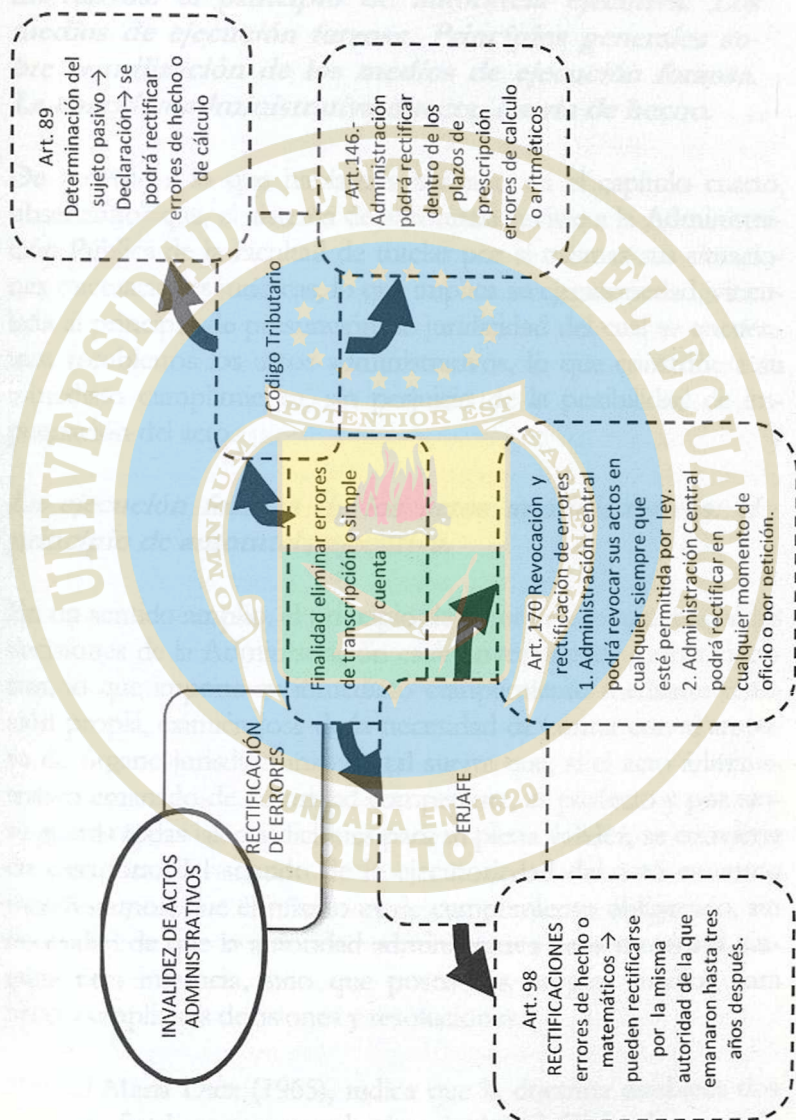
Anulabilidad → infracción menor →
invocada por parte interesada →
remedia mediante enmienda del
vicio → salvaguardar estabilidad
jurídica

ERJAFE

Art. 130 Anulabilidad

1. Incurrir en infracción del ordenamiento jurídico
2. Si carece de requisitos formales
3. Realizados fuera de tiempo







Lección 7: Cumplimiento y ejecución de los actos administrativos. La ejecución forzosa de los actos administrativos: el principio de autotutela ejecutiva. Los medios de ejecución forzosa. Principios generales sobre la utilización de los medios de ejecución forzosa. La coacción administrativa directa. La vía de hecho.

De acuerdo a lo que habíamos revisado en el capítulo cuarto, observamos que, el sistema de autotutela reviste a la Administración Pública de la facultad de tutelar por sí mismas sus situaciones y actuaciones jurídicas, lo que implica su ejecutoriedad, vinculada al principio de presunción de juridicidad del cual se encuentran recubiertos los actos administrativos, lo que constriñe a su inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del acto.

La ejecución forzosa de los actos administrativos: el principio de autotutela ejecutiva.

En un sentido amplio, el principio de autotutela involucra que las decisiones de la Administración están investidas de fuerza ejecutiva, lo que impone su inmediato cumplimiento mediante coacción propia, eximiéndose de la necesidad de contar con el amparo de órgano jurisdiccional, de tal suerte que, si el acto administrativo emanado de autoridad competente, es perfecto y por tanto guarda todas las condiciones para su plena validez, se convierte en ejecutorio. El sentido de la ejecutoriedad del acto es como manifestamos, que el mismo es de cumplimiento obligatorio, sin necesidad de que la autoridad administrativa deba recurrir a ninguna otra instancia, sino que posee sus propios medios para hacer cumplir sus decisiones y resoluciones.

Manuel María Díez (1965), indica que la doctrina establece dos clases de fundamentos para la ejecutividad: a) El fundamento de

carácter político; b) El fundamento de carácter jurídico. (Tomo II, 283).

El fundamento político se asienta en la necesidad de que, la satisfacción de los derechos e intereses generales, confiados a la administración pública, valer decir al Estado, no sean vulnerados *“por una manifestación contraria a los administrados, lo que podría perturbar u obstaculizar la satisfacción de los fines que persigue el Estado”*. En base a lo manifestado, Manuel María Díez (1965), se aproxima a las diferentes teorías que sustentan el fundamento jurídico de la ejecutividad, arribando a la conclusión *“que los actos administrativos son ejecutivos, no porque sean dictados por un órgano público ni porque tengan la presunción de legitimidad, sino en atención a las exigencias del concreto interés público puesto en juego”*. (Tomo II, p. 285); esto es que, como hemos manifestado que, siendo la administración pública una función que se caracteriza por su inmediatez, oportunidad y permanencia, los servicios y prestaciones que la misma otorga en procura de la satisfacción de las necesidades generales de la población que habita en el Estado, en encaminada hacia el bien común, no puede ni debe para su otorgamiento y satisfacción esperar que alguna otra función o instancia del Estado, apruebe, autorice o sentencie el otorgamiento de dichas prestaciones y servicios.

En tal sentido, afirman los maestros españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) que el principio de autotutela ejecutiva va más allá que el de tutela declarativa pues aparte de eximirse a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, se la faculta para *“el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar apoyo de la coacción judicialmente administrada. Así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente el uso de coacción frente a terceros”*. (p. 522).

Didácticamente los aludidos autores (2004) explican que el acto administrativo *“juega aquí como título ejecutivo, de modo que la ejecución intenta llevarlo coactivamente a cumplimiento pleno”*. (Tomo I, p. 522).

No obstante, no debemos tomar dicha afirmación como absoluta, pues el sistema de autotutela de la Administración, no puede rebasar las fronteras en las cuales se inscriben las garantías constitucionales del debido proceso, tutela judicial efectiva, juridicidad, legalidad e impugnabilidad de los actos administrativos. Se debe tener presente que si bien el acto por los principios y características antes anotadas, se vuelve ejecutorio, esto es por asumir su juridicidad y legitimidad como actuaciones valederas de la administración, no es menos cierto que el acto también trae intrínseco el sentido de impugnabilidad, cuando creemos que es jurídicamente irregular. Desde una perspectiva crítica Gordillo (2001), transcribe el agudo argumento de Barra (1964), refiriéndose a la autotutela de la administración, misma que según el autor:

“no es un privilegio sino una competencia, que (...) es (...) de interpretación restrictiva, pues sólo puede nacer del ordenamiento y no de la naturaleza del acto (...)” (p. V-28).

En esta línea de razonamiento Gordillo es reticente a reconocer, un alcance amplio a la ejecución forzosa de los actos administrativos, aludiendo que la ejecución de las decisiones de La Administración en un Estado de Derecho, es la realizada por intermedio de la justicia, más aún cuando avanza sobre la libertad de los individuos o la propiedad de las personas físicas o jurídicas. (p. V-26).

Más adelante, el mismo autor llega al punto de oponerse al reconocimiento de la existencia del principio de ejecución forzosa como cualidad de la naturaleza del acto administrativo:

(...) Por el contrario, varios autores entendemos que dicho principio no existe y que sólo cuando el orden jurídico la autorice expresamente o en forma razonablemente implícita y para los casos concretos y específicos en que ello ocurra, o categorías muy puntuales de casos, tendrá la administración el uso de la coerción para lograr ella misma y por sí sola el cumplimiento de sus actos, debiendo en los demás casos solicitar judicialmente la ejecución coactiva del acto. (p. V-26)

A este respecto nótese los casos de expropiación forzosa o de terminación unilateral de un contrato, en los que no haya existido debido proceso o debida motivación, circunstancias en las que se atentaría en contra de la libertad y la propiedad de las personas; claro que es más importante el tema de libertad, como el de autonomía de la voluntad en materia de contratación, sin dejar de señalar que la afectación al patrimonio cuando no obedece a situaciones jurídicamente válidas, es también atentatorio no sólo al derecho, sino al mismo concepto de Estado Social de Derecho.

En este contexto debe quedar sentado que el desconcierto de criterios doctrinarios, en torno a la calificación de la ejecución forzosa, como uno de los caracteres del acto administrativo, no implica el menoscabo de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad que, sustentan la inmediata ejecución de las decisiones administrativas en aras de la gestión eficaz de los servicios públicos. Sin dejar de lado el peligro existente entorno a los abusos del sistema de autotutela por parte de La Administración, no debe perderse de vista la jerarquía suprema de las garantías constitucionales del debido proceso, en especial la de tutela judicial efectiva que debe gobernar toda actuación de los poderes públicos. Más aún cuando La Administración actúa como juez y parte de la ejecución de los actos emanados de su seno, lo que demanda, conforme a lo dictado en la sentencia (21 de Julio de 1982) del Tribunal Constitucional de España citada por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) que “el privilegio de decisión

ejecutoria debe interpretarse restrictivamente”, a fin de no contrariar la vigencia de las garantías derivadas del principio constitucional de tutela judicial efectiva. (Tomo I, p. 530).

Más adelante los mismos autores (2004) en apoyo a una resolución posterior del Tribunal Constitucional español (Sentencia de 6 de Junio de 1984) concluyeron que:

“la técnica impugnatoria del recurso- contencioso administrativo resuelve el problema técnico de la articulación entre la autotutela administrativa y la tutela jurisdiccional, pero arrastra consigo (acabamos de verlo parcialmente) muchas limitaciones, procedentes de su difícilísimo alumbramiento histórico, las cuales son hoy sentidas más como tales limitaciones que como efectividades del control judicial”. (Tomo I, p. 535).

Por lo expuesto es evidente que el sistema de autotutela de la Administración no es absoluto ni definitivo, pues involucra la posibilidad de que el juez “enjuicie a *posteriori* el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o la ejecución”, con lo que se compatibiliza la autotutela administrativa ejecutiva con la tutela judicial efectiva. (...) (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, p. 533).

Sobre este tema, concluyen los mismos autores (2004) que:

“La articulación entre autotutela administrativa y tutela jurisdiccional es simple: la primera actúa inicialmente, la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera. Ello quiere decir que la jurisdicción contenciosa-administrativa respeta íntegro el ámbito autónomo de producción jurídica en que la autotutela administrativa consiste y que no puede intervenir a *posteriori*, para verificar si las decisiones o ejecuciones administrativas, una vez declara-

das y eventualmente cumplidas, se han ajustado (pasado, pues) o no a la legalidad". (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, p. 533).

El caso de la expropiación irregular o de la indebida terminación unilateral de los contratos administrativos, son quizá las situaciones paradigmáticas que ocurren de modo frecuente en la administración, debido de modo esencial a la arbitrariedad con la que la misma ejerce sus atribuciones.

Nuestro ordenamiento, sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos dispone, de conformidad con lo prescrito por el ERJAFE:

Art. 68.- Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.

No cabe la menor duda que nuestro ERJAFE, en el artículo antes transcrito, establece plenamente el contenido del principio de autotutela administrativa, basado en la legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuestión que le es intrínseca a todos ellos; empero también se debe tener presente el carácter impugnatorio sobre los mismos, lo cual no hace ni de lejos perder la naturaleza de ser actos ejecutivos, de manera que, la revisión en vía administrativa o judicial de los actos administrativos, no afecta en nada el carácter ejecutivo del acto, lo que sucede es que, sus efectos en principio se suspenden, hasta revisar la juridicidad en la expedición del mismo.

Art. 161.- Ejecutoriedad.- Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que

una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Como señalamos en líneas pasadas, por la naturaleza propia de los actos administrativos, éstos son verdaderos actos ejecutivos, esto es no requieren de otro soporte jurídico para tener plena y total validez; a no ser, que conforme avisamos antes se refieran a casos de autorización o de aprobación en unos casos y en otros, que se requiera de la suspensión del acto por estar indebidamente emitido, como lo veremos en líneas posteriores.

Art. 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.

Examinadas dichas normas, se debe tener presente que, los actos administrativos son de ejecución forzosa, esto es, su cumplimiento es inmediato y la validez de los mismos no está en duda, sobreentendido que, el acto es constitucional, legítimo y legal y por tanto debe ser cumplido; sin embargo es patente que las disposiciones arriba señaladas son restrictivas y dejan a salvo las siguientes excepciones de: 1) Suspensión; 2) Aquellos casos en que una decisión establezca lo contrario; 3) Si necesitan aprobación o autorización superior.

Desde luego, los actos a lo que se les aplica la regulación correspondiente a la ejecución forzosa, son aquellos susceptibles de ser ejecutados por la Administración en caso de incumplimiento por parte de su destinatario, lo que precisa de modo imperativo que el acto administrativo sea ejecutivo y eficaz en el marco del respecto del principio de legalidad de la actuación administrativa, lo que

constituye una garantía fundamental de los ciudadanos *“frente a la acción de la Administración, por lo que se vinculan indisolublemente al principio de que las decisiones administrativas deben adoptarse por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento establecido”*. (Alfredo Gallego Anatibarte y Ángel Menéndez Rexach, 2001, p. 250).

Aterrizando dichas posiciones doctrinales con especial atención la coacción administrativa, el jurista ecuatoriano Francisco Guerrero (2003) sostiene, que tal potestad de ha conferido en las legislaciones a base de dos criterios “subjetivistas y objetivistas”. Más detalladamente el mentado autor (2003) expone:

“Para las tendencias objetivistas, esa potestad exorbitante o excepcional deriva directamente del acto administrativo, y específicamente de su principio de ejecutoriedad (Arts. 68, 161, 162, 163, 164, 124 del Estatuto).

Las tesis subjetivistas consideran que la autotutela ejecutiva es una condición aplicable sólo respecto de determinados órganos administrativos públicos y que, concomitantemente, la jurisdicción coactiva es conferida específicamente en ciertos órganos.

En nuestro Derecho positivo se fundan ambas tendencias y para conferir la facultad de ejercer la jurisdicción coactiva, el legislador ha considerado objetivamente a los sujetos públicos que van a ejercerla, en función de la necesidad que tienen de hacerlo para el recaudo de determinados créditos; pero además, predominantemente, en lo subjetivo el otorgamiento de esa atribución se ha basado en una de las características esenciales de los actos administrativos, su ejecutoriedad, que lleva implícitos como hemos visto, dos elementos: por una parte, la obligación de los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo (Art.

124 del Estatuto) – ejecutividad-; y, por otra, la facultad de la Administración Pública de exigir su cumplimiento y de proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa del acto administrativo (Art. 162 del Estatuto). (p. 206)”.

En definitiva la autotutela ejecutiva, deviene de la especial situación de la Administración en ejercicio de su poder público que, se desenvuelve en una esfera de acción independiente frente a las demás funciones del Estado, en cuya virtud las resoluciones emanadas de su seno son imperativas y ejecutables, como he venido insistiendo, sin el auxilio ni intervención de los órganos jurisdiccionales, de allí que la actividad administrativa es esencialmente oportuna, inmediata, directa, permanente y eficaz, la actuación administrativa no admite dilaciones ni tampoco incidentes, como puede ocurrir en las actuaciones de las otras funciones del Estado, sin que aquello cause mayor malestar a la población, póngase a pensar el lector qué pasaría si se paraliza un servicio público necesario para la población, como la salud, las telecomunicaciones o la energía eléctrica, por ello es que los estados califican a los mismos como estratégicos y en casos la paralización de los mismos está vedada constitucionalmente²⁷, en mi visión, esto es lo que convierte en ejecutorio al acto administrativo jurídicamente emanado desde la función administrativa.

²⁷ La Constitución Chilena es muy clara al señalar en el artículo 31 número 16, inciso quinto lo que sigue: Art. 19. - La Constitución asegura a todas las personas: [...16 ...] (inc. 5º) ... No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”; *cuestión similar es el tratamiento que se da en nuestra constitución cuando en el artículo 326, número 15 de manifiesta:* Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

De otra parte y para la total comprensión del tema, es necesario recordar que en el caso de la autorización, este es un acto previo a la emisión del acto definitivo, esto es, se requiere dentro de la formación de la voluntad de la autoridad o del agente público un acto previo que permita la emisión del acto; en tanto que en la aprobación, primero se emite el acto por parte del servidor público y dicho acto posteriormente es refrendado, en ese caso, como revisamos en el capítulo cuarto referido al estudio del acto administrativo, se produce el instituto jurídico administrativo de la aprobación.

Continuando con los temas de la ejecutoriedad, cabe remitirnos al criterio del tratadista chileno Enrique Silva Cimma (2001), quien distingue entre ejecutoriedad propia y ejecutoriedad impropia del acto administrativo:

“Se habla de ejecutoriedad propia en aquellos casos en que la Administración Activa, de la cual el acto emana, es la que ejecuta y cumple el acto. Se habla de ejecutoriedad impropia en aquellos casos en que para obtener el cumplimiento del acto es menester recurrir ante los tribunales contenciosos administrativos de plena jurisdicción o a los tribunales ordinarios cuando éstos tienen competencia sobre dicha materia. (p. 107)”

Ejemplificando dicho argumento, el mencionado autor refiriéndose a la ejecutoriedad impropia alude a la expropiación por utilidad pública que a la luz de la norma constitucional chilena (Art. 19, # 24) exige la existencia de una ley específica o genérica que previamente hubiere declarado la utilidad pública de ese bien. En nuestra legislación, el artículo 323 de la Constitución de la República prescribe que:

“Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las

instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

De lo anotado se infiere que en nuestro ordenamiento jurídico, es la ley la que confiere de facultades expropiatorias a determinadas instituciones del Estado y no se requiere de la promulgación de una ley para que proceda la expropiación conforme sucede en el ordenamiento jurídico chileno. De tal suerte que el Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento a seguirse en un juicio de expropiación:

Art. 782.- La tramitación del juicio de expropiación sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública.

Del análisis de dicha norma podemos observar que, ante la disconformidad de la cantidad que deba pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, se tramita el juicio de expropiación, lo que no obsta la ejecución del acto administrativo y el auxilio de la fuerza pública para efectivizar la decisión del órgano administrativo. Como habíamos referido con anterioridad, no existe unanimidad en torno al criterio doctrinario de que la ejecución forzosa de los actos administrativos constituye un atributo propio del acto administrativo o una facultad que la ley atribuye de modo expreso a determinados órganos. El tratadista argentino Agustín Gordillo (2001) defiende vehementemente que la coercibilidad debe ser ejercida por la administración por autorización expresa de la ley; y que: dicha atribución debe ser puntual y concreta, evitando al máximo que sea genérica para prevenir la arbitrariedad. (p. V-30).

En este escenario, Gordillo (2001) reproduce el criterio de Sandulli (1984):

(...) la ejecutoriedad (poder de autotutela que habilita la ejecución forzada en propia sede) no es un atributo de todos los actos administrativos. **En un ordenamiento basado sobre el principio de legalidad** (las negritas me pertenecen), el privilegio de la coercibilidad, independientemente de un pronunciamiento de la autoridad judicial, con relación al deber impuesto a los administrados, no puede ser reconocido a la administración fuera de los casos en que la ley (expresa o implícitamente) lo concede" en el caso particular, sea para una categoría de actos o para un acto concreto, pero nunca para todos los actos en forma indiscriminada. Tampoco, por cierto, para los actos que no cumplen sus propios requisitos básicos de audiencia previa, dictamen jurídico previo, fundamentación razonable, suficiente y adecuada, etc. No se trata de una "licencia para violar la ley," como parecen entenderlo quienes le asignan o ejecutan todas las virtualidades de ejecución forzada por la justicia sin el cumplimiento mínimo por el acto de los recaudos que el decreto-ley establece. (Pg. V-30).

De lo expuesto, debe quedar claro que el sistema de autotutela de la Administración opera en las fronteras delimitadas por las normas constitucionales consignadas en el artículo 226 de la Carta Magna en lo referente a la subordinación de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y funcionarios públicos a la Constitución y la Ley, así como su artículo 173 que consagra la garantía de impugnación de los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las funciones e instituciones del Estado, ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley. Teniendo presente que la presunción de ejecutoriedad del acto administrativo, se encuentra ligada indisolublemente al de juridicidad y legalidad, lo que entraña la ejecución inmediata de la resolución administrativa inclusive en el caso de que ésta hubiere sido objeto de impugnación judicial, no debe concebirse a tal coercibilidad como absoluta e ilimitada pese

a las precarias herramientas procesales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico para efectivizar la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos a fin de suspender resoluciones administrativas arbitrarias y dañosas en detrimento del administrado. Con razón afirma Jaime Vidal Perdomo (2004) que *“el derecho administrativo persigue un equilibrio difícil entre el respeto de los derechos ciudadanos y la necesidad del interés general”*. (p. 247). De lo dicho y a modo de conclusión diremos que el abuso y la arbitrariedad, tienden a convertir la esencia y filosofía de la autotutela en algo inacabado, que le pueden transformar en una cuestión jurídica que llegue a necesariamente a caer en el desuso, de suerte que la autoridad y el legislador han de establecer el primero actos ligados a la legitimidad y juridicidad y el segundo normas que conduzcan a que la autoridad actúe en beneficio colectivo.

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 76 prescribe que “en ningún caso se suspenderá la ejecución o el deber del acto administrativo”, salvo la excepción consignada en el artículo 75 del mismo cuerpo legal que contempla la posibilidad de que el administrado solicite la suspensión del procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración, siempre que se afiance el interés económico de las entidades públicas o semipúblicas; caso contrario, continuará la ejecución.

En esta línea de razonamiento, el jurista ecuatoriano Patricio Secaira (2004) demuestra el predominio de la ejecución forzosa de los actos administrativos que, por lo dispuesto en Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, son susceptibles de suspenderse sólo en el caso previamente expuesto, disposición

reforzada por el carácter orgánico de la norma aludida. Ejemplificando dicho argumento el aludido autor señala (2004):

La Ley de Propiedad Intelectual, también señala la posibilidad de que el órgano judicial disponga la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, relativo a los registros industriales, de marcas, patentes u otros, cuando el impugnante lo solicite, justificando que el acto administrativo materia de la oponibilidad judicial, le causa perjuicios graves. En este caso, es pertinente señalar que, siendo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuerpo jurídico de carácter orgánico, en los términos del Art. 142 de la Constitución, prevalece sobre la de Propiedad Intelectual, por tanto, la disposición señalada no tiene aplicación efectiva, no pudiendo entonces suspenderse la ejecución del acto administrativo. (p. 183) (Lo destacado nos pertenece).

Por consiguiente, es evidente que en nuestra legislación, en lo relativo a la ejecución de los actos administrativos, se ha conferido potestades amplias a la Administración para efectivizar sus resoluciones administrativas, restringiéndose su posibilidad de suspensión al máximo, realidad que se constata con el irrisorio reconocimiento de medios efectivos o mecanismos cautelares a los administrados, en miras a proteger de forma real, sus derechos frente al poder público.

En este contexto, se contempla en nuestro ordenamiento jurídico, la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas cuando se hubiere interpuesto un recurso en sede administrativa, hasta que la propia administración tome una decisión que cause estado. Por lo demás, sin perjuicio de que el acto administrativo fuere impugnado en sede judicial, la Administración está investida de capacidad plena para ejecutarlo. (Secaira, 2004, p. 184).

Los medios de ejecución forzosa

Habiéndose expresado que la ejecución forzosa de los actos administrativos deviene del principio de autotutela de la Administración Pública, Manuel María Díez (1965), glosando lo enseñado por la doctrina, indica que para que el acto sea objeto de ejecución forzosa debe completar las siguientes condiciones:

“a) que sea acto administrativo; b) que sea perfecto, vale decir que tenga todos los elementos esenciales para su existencia; c) que sea exigible, es decir apto para producir los efectos a que está destinado”. (Tomo II, p. 280).

Un acto es administrativo, cuando reúne todos los elementos y características que le son connaturales, esto es, que haya emanado de autoridad competente, que tenga el carácter de unilateralidad, que verse sobre cuestiones atinentes a la función administrativa y que cause efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros, se trata de acto administrativo, como vimos en el capítulo cuarto de esta obra. Es perfecto el acto como anotamos en su oportunidad, cuando el acto tiene en su contextura todos los elementos esenciales para su existencia y ha sido emanado observando los principios del debido proceso, sobre todo si afecta o afectaría derechos subjetivos o intereses del ciudadano; y por último, el acto administrativo se convierte en exigible en cuanto la autoridad competente está otorgando, modificando o extinguiendo algún derecho u obligación del administrado, desde ese momento el acto es perfecto.

Del mismo modo, es imperativo recordar que la ejecutividad del acto opera cuando éste es jurídicamente eficaz. Afirma el propio Díez que *“la ejecución forzosa debe ir precedida de una intimación al obligado, la fijación de un término y la advertencia de que, transcurrido éste, se hará lugar a la ejecución. (...) La ejecutividad o ejecución forzosa no es un procedimiento privativo de la administración; así las leyes*

deben ser acatadas, las sentencias cumplidas y los actos administrativos ejecutados". (Tomo II. p. 280); de suerte que, los actos de las funciones del Estado, son para ser cumplidos o acatados, lo que sucede es que cada acto será cumplido en su oportunidad o cuando haya lugar para ello. En consecuencia, dentro de las condiciones necesarias requeridas para la ejecutividad de los actos administrativos, se exige que actividad la administrativa tenga su fuente expresa en la ley, el hecho de que el administrado oponga su resistencia, y finalmente, que la ejecución forzosa se circunscriba de modo estricto a la actividad prescrita en la ley. (Manuel María Díez, 285), así es como se debe entender la posición restrictiva a la ejecutoriedad de los actos administrativos, esto es, sólo cuando el ciudadano o administrado percibe o se percata que el acto tiene ribetes o caracteres de irregularidad jurídica, debe oponerse a la ejecución del mismo, para lo que debe atacarlo con la interposición de los debidos recursos o acciones, según corresponda; potestad que podrá ejercerla sólo en tanto el acto haya sido notificado o debidamente avisado, no debe escapar por tanto que la ejecutoriedad conlleva la validez del acto, pero la eficacia del mismo se produce sólo cuando ha sido apropiadamente notificado, como lo observamos en el capítulo anterior.

En relación a los medios de ejecución forzosa que ocupan el análisis del presente acápite, el abundantemente citado tratadista Manuel María Díez resume que los mismos, "varían según la naturaleza positiva o negativa de la prestación, de dar o hacer, impuesta por el acto administrativo", proponiendo la siguiente clasificación:

- a) La ocupación que ocurre si el particular se opone a la entrega de un bien determinado. En este supuesto, la administración entra en posesión del bien, haciéndolo ocupar por sus agentes.

De acuerdo al ejemplo de la expropiación que habíamos sugerido anteriormente, en el que se observó que la materia del juicio de expropiación exclusivamente tiene por objeto la determinación del precio del inmueble en cuestión, es importante señalar que la facultad de la Administración de ocupar el predio es inmediatamente ejecutiva.

Así se pronunció la Procuraduría General del Estado, en consulta de 6 de Febrero de 2002, formulada por la Municipalidad de Ambato:

En razón de que el juicio de expropiación, tiene por objeto el determinar el precio de los inmuebles, no se requiere instaurar acción legal y consecuentemente, conseguir orden judicial para la ocupación del inmueble sobre el cual el Concejo ha impuesto la obligación de ceder gratuitamente; pero es indispensable, notificar debidamente al dueño del predio afectado, a fin de que haga valer sus derechos conforme a ley. (Lo subrayado nos pertenece)

Se debe siempre recalcar que, las actividades de apremio como la citada, se llevará a cabo cumpliendo los mandatos del debido proceso y considerando las medidas de ejecución, que conforme a lo señalado en el artículo 163 del ERJAFE, obligan a la autoridad a considerar la proporcionalidad, a elegir el medio menos dañino al posiblemente afectado y si se trata de cuestiones que tengan que ver con ingreso al domicilio a contar previamente con la debida autorización judicial; a continuación transcribo el artículo 3 de la Ley de Caminos del Ecuador, que nos habla de la ocupación de bienes inmuebles, como un derecho de vía, para la construcción, conservación, ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de vías.

Art. 3 de la Ley de Caminos.- Establécese el derecho de vía, que consiste en la facultad de ocupar, en

cualquier tiempo, el terreno necesario para la construcción, conservación, ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de caminos.

En el acuerdo de aprobación del proyecto de una obra vial se determinará el derecho de vía correspondiente.

Cuando menos ocho días antes de la ocupación, se dejará la respectiva nota de aviso en la propiedad, bien sea al dueño, o a uno de sus familiares o a cualquier persona morador del inmueble.

Si no se encontrare a persona alguna, la nota se dejará a uno de los más cercanos vecinos del predio.

La constancia del cumplimiento de este requisito, sentada por el correspondiente empleado, no será susceptible de impugnación.

En el día y hora indicados para la ocupación en la nota de aviso, se constituirá en el lugar el representante de la Dirección General de Obras Públicas o de la entidad a cuyo cargo este la obra, pudiendo concurrir los interesados y hacer sus observaciones. Se levantará acta en la que se describirá el terreno materia de la ocupación, sus cultivos, construcciones y demás detalles que se estimen necesarios para calcular los perjuicios.

Podrán omitirse la aprobación del proyecto, la nota de aviso y la diligencia prevista en el inciso que antecede, en los casos de ocupación provisional o de obras urgentes para evitar la interrupción del tránsito; pero el empleado que realizare la ocupación provisional o que dirigiere la obra urgente, elevará una relación a la respectiva autoridad,

indicando el terreno a ocuparse, sus cultivos, construcciones y demás detalles que se estime necesarios.

Una vez reparado el daño del camino, se reestablecerán las cosas al estado anterior.

La norma arriba transcrita, nos deja claramente entrever que, en materia de ocupación, no existe siquiera el derecho a impugnar, debe entenderse que en vía administrativa, por cuanto conforme hemos señalado insistentemente todos los actos administrativos, conforme lo estipula el artículo 173 del Código Político, son impugnables en vía del Contencioso administrativo, pero en el tema que nos concierne en esta parte del estudio, nótese con claridad que, ningún particular puede oponerse y que el acto no es susceptible siquiera de impugnación, quedándole el solo realizar observaciones, desde luego que posteriormente se procederá con la correspondiente expropiación, mírese por tanto que, en el Ecuador, previamente se puede ocupar un bien para destinarlo a vía pública y que luego de ello procederá la correspondiente expropiación para por último realizar la valoración, el pago y la indemnización y luego si el ciudadano se siente afectado en sus derechos de propiedad podrá recurrir ante los jueces ordinarios, para hacer valer su derecho, sólo en cuanto se refiere al pago del valor del bien expropiado.

- b) La ejecución de bienes muebles e inmuebles. Por esta vía se hace efectivo el apremio sobre el patrimonio. Es un procedimiento del que dispone la administración para cobro de créditos consistentes en cantidades líquidas a su favor. En general se utiliza este procedimiento para el cobro de deudas que tienen carácter fiscal, pero puede extenderse a unas cuantas liquidaciones tengan su origen en un acto administrativo, excluyéndose las deudas de tipo civil. Al venderse los bienes, la administración ha de cobrarse el importe adeudado, con más los intereses y gastos.

En este contexto es válido referirnos a la potestad coactiva que el Código Tributario concede a las administraciones tributarias: central y seccional, conforme lo dicta el artículo 157 del mentado cuerpo legal:

Art. 157.- Acción coactiva.- Para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos los intereses, multas y otros recargos accesorios, como costas de ejecución, las administraciones tributarias central y seccional, según los artículos 64 y 65, y, cuando la ley lo establezca expresamente, la administración tributaria de excepción, según el artículo 66, gozarán de la acción coactiva, que se fundamentará en título de crédito emitido legalmente, conforme a los artículos 149 y 150 o en las liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas o firmes de obligación tributaria.

Para la ejecución coactiva son hábiles todos los días, excepto los feriados señalados en la ley.

Cabe indicar, que no son pocas las normas que habilitan a distintos órganos públicos a ejercer acción coactiva para el cobro de sus créditos como el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, etc.

- c) La ejecución de oficio que se realiza en el supuesto en que se imponga al particular la obligación una prestación que explique una actividad material y fungible. Así ocurriría en el caso que se requiera la reparación de un edificio, la demolición de una construcción realizada sobre un dominio público, etc. Si el obligado no realiza la obra en el término señalado, la administración procede a ejecutarla de oficio por medio de su personal, cargándole al remiso los gastos correspondientes. Se llama también ejecución subsidiaria por tratarse de actos que por no ser per-

sonalísimos pueden ser realizados por sujetos distintos del obligado.

Buen ejemplo de aquello, es la facultad de Municipalidades inscritas en sus obligaciones en relación a planeamiento y urbanismo de derrocar construcciones que no cumplan con lo dispuesto en el Código Municipal del Distrito Metropolitano de Quito y las respectivas ordenanzas.

Ley Orgánica de Régimen Municipal

Art. 161.- En materia de planeamiento y urbanismo a la administración municipal le compete:

h. Vigilar que en las carreteras del cantón y en las zonas urbanas o rurales, se proteja el paisaje, evitando la construcción de muros, avisos comerciales o cualquier otro elemento que obste su belleza y preservar retiros adecuados. La administración podrá ordenar el derrocamiento de cualesquiera de estas construcciones o el retiro de los anuncios e impedimentos o hacerlo por su cuenta, a costa del propietario.

Es de particular importancia esta competencia municipal, en procura de conservar la morfología del cantón, su paisaje, su entorno visual y sobre todo el que no se afecte al medio ambiente, en lo que nos ocupa, nótese que, no se prevé pago ni indemnización de ningún orden, desde luego porque todas estas situaciones son antijurídicas y atentatorias y más bien se prescribe que si en caso de no hacerlo, se procederá a hacerlo por cuenta de la municipalidad y a coste del propietario.

- d) Continúa Diez dentro de su clasificación refiriéndose a la coerción directa que, se aplica a las prestaciones no fungibles, vale decir, aquellas que el obligado debe prestar

personalmente y respecto de las cuales no es posible la substitución. Podríamos poner como ejemplo la prestación del servicio militar, la de actuar como testigo, etc. En esos supuestos, la orden de la autoridad administrativa está seguida de una medida de fuerza sobre la persona, que es llevarla desde el lugar donde se encuentra a aquel donde debe prestar el servicio o realizar la obra. Las limitaciones y las obligaciones negativas pueden hacerse manifestar por medio de la corrección directa. Así la disolución de una reunión privada, la incautación de una arma llevada sin licencia. Se trata de estos supuestos de una compulsión sobre las personas.

Sobre este punto puede servir como ejemplo adecuado la aplicación del poder de policía de los propios municipios para efectivizar sus sanciones administrativas, a través de coerción directa, por ejemplo, mediante la incautación de productos expendidos en la vía pública a la luz del:

Artículo 167 de la CMDM

(...)

- e) Multas coercitivas. La administración podrá, para conseguir la ejecución de determinados actos a cargo de particulares obligados, imponerles una multa coercitiva, reiterada y suficiente para cumplir lo ordenado. A los efectos de la aplicación de la multa es necesaria una ley especial que la autorice y determine su forma y cuantía, y debe comprobarse la infracción mediante el procedimiento correspondiente. Se trataría en ese supuesto de la coerción indirecta.
- f) El lanzamiento o desahucio administrativo. Corresponde utilizar este procedimiento en los supuestos de tener que

ocupar las fincas expropiadas cuyos propietarios no se allanaren a su desocupación.

- g) El uso de la fuerza pública. Es un procedimiento especial de ejecución forzosa utilizado para vencer la resistencia de las órdenes administrativas, y que se justifica por razones de seguridad y de orden público. Así la disolución de una reunión que no había sido permitida o afectar el orden público.

Principios generales sobre la utilización de los medios de ejecución forzosa. La coacción administrativa directa. La vía de hecho

Los maestros españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández recogen en su Tratado de Derecho Administrativo los requisitos generales del procedimiento ejecutivo, los cuales transcribimos a continuación:

- a) Presupuesto necesario del mismo es la existencia de un acto administrativo que impone una obligación precisa y determinada a un destinatario cierto, obligación que ha sido desatendida. Tal acto, junto con el vencimiento o descubierto de la obligación por él impuesta, constituye como ya hemos notado más atrás, el título de la ejecución.

Como revisamos en líneas pasadas, el acto debe tornarse exigible, esto es que, el contenido del acto administrativo sea claro, preciso y determinado, esto es sea ejecutorio y que por tanto la obligación por parte del administrado o ciudadano haya sido desatendida, esto es en palabras de los mismos autores antes anotados, el acto con la obligación por él impuesta se ha tornado ejecutivo.

Las fases del procedimiento ejecutivo las tipifica la doctrina alemana en tres estadios: primero, intimación o apercibimiento (Art. 95 LPC, referente a todos los medios de ejecución: “Las administraciones (...) podrán proceder previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos”), que la obligación con el otorgamiento de una última oportunidad para el cumplimiento voluntario en un plazo que ha de señalarse; segundo, la determinación – una vez vencido ese último plazo- del uso de la coacción, con elección del medio de ejecución correspondiente y la orden de ejecución; tercero, aplicación de hecho del medio coactivo.

Siempre para que el acto de la autoridad sea cumplido, y si éste es perfecto y por tanto ejecutorio, se debe proceder con una fase de intimación, el artículo 162 del ERJAFE, señala la necesidad del apercibimiento por parte de la autoridad pública, esto es una oportunidad para que el ciudadano cumpla con lo ordenado por la autoridad pública de una manera voluntaria, para lo que se le otorgará un plazo prudente. Terminado dicho plazo si el desacato o desobediencia persiste, se entrará a la ejecución, con los medios proporcionales y conforme lo señala el artículo 163 del ERJAFE, y por último se aplicara la pertinente coacción; insisto se debe siempre tener en consideración para este tipo de ejecución forzosa, los principios del debido proceso.

- b) La regla de la proporcionalidad, que hemos señalado que ha de presidir la elección del medio ejecutivo, domina también su puesta en aplicación; no podrán embargarse bienes que excedan notoriamente el importe de la deuda a satisfacer el apremio, ni la ejecución subsidiaria ha de ser de mayor calidad que la normal o la usual y no de lujo, las multas reiteradas lo han de ser “por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado” (Art. 99 LPC) y la compulsión personal ha de aplicarse

“dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución (Art. 100.1).

Esta regla como señalamos, está recogida en el artículo 163 del ERJAFE, he de reiterar en la importancia de que se considere siempre que no es posible atentar en contra de un bien jurídico mayor, en resguardo a un bien jurídico menor; y que, se ha de reflexionar que el daño que pueda causar la ejecución subsidiaria no han de rebasar los límites de lo usual y cotidiano, esto es, se aplicará medidas similares siempre a similares casos, a los efectos de que no se produzca ningún tipo de abuso, arbitrariedad ni atentado por parte del agente público.

- c) En relación con lo que acaba de decirse, quizá convenga destacar que está especialmente excluido el tratamiento del medio ejecutivo como una sanción personal. La ejecución ha de dirigirse únicamente a hacer efectiva una obligación que el título proclama, no ha de durar más ni ha de tener más extensión que la necesaria para llevar a término dicha obligación. Un exceso en la ejecución, la utilización de ésta como un medio para agravar la situación del obligado, al no estar cubierta por la Ley, ha de ser tratada como una vía de hecho pura y simple, sin perjuicio de su posible calificación penal. (p. 802).

Lo dicho reitera y ratifica lo antes señalado, esto es, la ejecución subsidiaria no debe afectar en ningún caso a la persona, y una vez cumplido con la materia del acto, deberán cesar las medidas subsidiarias para la ejecución del mismo; al respecto, es importante referirnos al *principio de proporcionalidad*, conforme trae el texto del artículo 196 del ERJAFE.

Art. 196.- Principio de proporcionalidad:

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:
 - a. La existencia de intencionalidad o reiteración;
 - b. La naturaleza de los perjuicios causados; y,
 - c. La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

De inicio debo señalar que, el principio de proporcionalidad es de la esencia del derecho sancionador, que conforme indica el artículo reseñado, mira de modo fundamental dos temas, a saber: i) ninguna sanción administrativa puede ir en contra de la libertad de las personas, ni directa ni subsidiariamente, esto es, en el derecho administrativo sancionador, no puede existir tipificación alguna que pueda afectar el derecho de libertad de las personas, conforme la doctrina moderna y los tratados internacionales vigentes. Las penas de privación de libertad son propias del Derecho Penal y conforme dictan sus normas, sólo luego de un juicio en el que se haya posibilitado los cánones del debido proceso y los curiales pertinentes, es posible la privación de libertad, debe tenerse presente que en el Ecuador la privación de libertad como medida cautelar sólo procede por excepción; de manera que, se debe entender que cualquier sanción administrativa no puede afectar la libertad de las personas. ii) el hecho constitutivo de la infracción guarda concordancia con la sanción y debe graduarse esta última considerando la intencionalidad en causar tal o cual hecho o la negativa en el cumplimiento, así mismo se observará los perjuicios causados y la reincidencia en la falta.

La coacción administrativa directa

En un sentido amplio, la coacción inmediata o directa no demanda la existencia previa de un procedimiento formal. Sobre este tema, los maestros españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) señalan que *“la intimación previa, cuando hay lugar a ella, la orden de ejecución y la ejecución misma se refunden en una sola manifestación externa, la conducta coactiva inmediata, lanzada directamente sobre los hechos cuya modificación se pretende”*. (p. 814).

Guiados por lo enseñado por Otto Mayer, los mismos autores (2004) siguen su clasificación de supuestos de coacción directa: *“la defensa administrativa, el impedimento de hechos punibles y de infracciones de orden público y las medidas dictadas en estado de necesidad”*. (p. 804).

La autodefensa administrativa contempla la facultad de la Administración de contrarrestar y reaccionar a través de sus propios medios coactivos ante cualquier ofensiva o ataque en contra de su organización que perturbe su funcionamiento regular o menoscabe su posesión sobre las cosas, a fin de restablecer el orden público. Siendo la Administración un sujeto derecho, poseedora de derechos y cosas, ante la perturbación de dicha calidad, se encuentra investida de ejercer su defensa posesoria a través de coacción directa sin la necesidad de que obre la actuación del juez, conforme lo requieren los demás sujetos de derecho, a la luz de su poder de autotutela. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo I, p. 807).

No debe olvidarse que en el Estado Social de Derecho, la Función Pública en general y sus sujetos de modo particular, deben precautelar el ordenamiento jurídico y para ello amén de actuar con apego al principio de juridicidad, deben contar con los medios y herramientas necesarias y suficientes para lograr que el

ordenamiento jurídico no se resquebraje y siempre se encuentre incólume en el mundo del derecho.

No obstante tal autodefensa debe enmarcarse en los principios de debido proceso y es menester tener presente que dicha técnica coactiva “no podrá ser utilizada para recuperar o reivindicar una propiedad de la Administración, porque ello no será recobrar una posesión, sino declarar un derecho, pretensión que, dada la naturaleza civil del derecho que se trata el de propiedad, la Administración deberá someter precisamente a los Tribunales ordinarios”.

Por consiguiente no debe confundirse la defensa posesoria con la reivindicación de dominio, pues mientras la primera defiende el *ius possessionis*, la segunda busca que se declare el derecho de propiedad. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo I, p. 805).

En lo referente a la actuación coactiva de la Administración para impedir o eliminar los hechos punibles e infracciones de orden público, debe anotarse que ésta se enmarca en la obligación de la Administración de preservar el orden general, responsabilidad encomendada a las autoridades encargadas de ejercer la policía administrativa de forma autónoma, separadas de actividades conferidas a órganos como la policía judicial, encargadas de ejecutar mandamientos o sentencias judiciales obviamente impulsadas por un Juez que ordena “la actuación represiva penal sobre los sujetos privados”. De modo que, la actuación autónoma de la policía administrativa “está normalmente justificada, cuando se trata de hechos punibles, en razones o bien de prevención o impedimento del delito antes de su exteriorización, o bien de urgencia o inmediatez, si se trata tanto de eliminar la posibilidad de ulteriores delitos como de poner en marcha el aparato represivo cuando la acción delictual se ha manifestado; sólo por tales razo-

nes legitiman la posibilidad de prescindir del Juez (...)”. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo I, p. 805).

No obstante debe tasarse tal facultad coactiva de la Administración pues de ninguna manera es ilimitada e irrestricta, pues la adopción de medidas compulsorias a los administrados debe ser proporcional y sumisa a los principios del debido proceso, teniendo presente el más alto deber del Estado constante en respetar y hacer respetar los derechos humanos, vinculada con su responsabilidad en el ejercicio de sus actividades. En este orden de ideas García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) ilustran sobre los alcances de la potestad coactiva de la administración:

(...) los Tribunales contencioso-administrativos pueden controlar la legitimidad de la medida coactiva concreta, en sus límites legales explícitos, en su competencia, en sus circunstancias legitimadoras, en su fin, en la proporcionalidad de la reacción para el fin que justifica el uso de la fuerza. Eventualmente, cuando resulte notoria la inexistencia de circunstancias legitimadoras y se haga patente un simple abuso de la fuerza, o también cuando ésta se utilice, más como un medio de restablecimiento del orden, como una medida sancionatoria o represiva, los mismos Tribunales civiles, podrán calificar de vía de hecho la actuación coactiva de la Administración y poner término a la misma”. (Tomo I, p. 815).

En este sentido debemos advertir, que la Carta Política de 1998, consignaba la acción de amparo como una medida inmediata y urgente destinada a cesar y remediar el acto u omisión ilegítima de autoridad pública que viole o pueda violar derechos fundamentales y que de modo inminente, amenace causar daños graves (Art. 95 CPE).

Finalmente, en atención a las situaciones de estado de necesidad figura propiamente de raigambre penal, cabe indicar que la misma ha trascendido a las fronteras del Derecho Administrativo a la luz de la potestad del Estado de sacrificar bienes e intereses particulares bajo la justificación de preservar intereses colectivos superiores, como su propia supervivencia y orden público. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) señalan que en este concierto, los primeros bienes sacrificados son dos: *“el orden establecido de competencias y el sistema formal de procedimiento preceptivo para llegar a ciertos resultados”*, a los que se agrega *“la ampliación de poderes administrativos, poderes que dejan de estar justificados en habilitaciones legales específicas para surgir o de propias normas reglamentarias eventualmente contra Ley, o de un apoderamiento fáctico, caso por caso, decidido por la propia autoridad”*. (Tomo I, p. 812).

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador prescribe:

Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, el ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.
2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.
3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.
4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.
5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.
6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.
7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.
8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.

Art. 166.- La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifi-

can, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.

El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado.

Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente.

Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.

Continuando el camino trazado por los maestros españoles, se instruye que en tales situaciones de excepción formalmente declaradas *“se produce una concentración de poderes a favor de la autoridades administrativas así como la dispensa de los procedimientos y requisitos legales ordinarios, se suspende por ello el obstáculo que a la acción administrativa pueden suponer algunas de las libertades y derechos fundamentales (...)”* (García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, Tomo I, p. 813).

En nuestro país, las declaratorias de emergencia presidenciales a determinados sectores han sido predominantemente adoptadas por catástrofes naturales y grave conmoción interna que en muchos casos han sido injustificadas y abusadas para obviar procedimientos normales de contratación pública.

Se debe considerar además, que los estados de excepción, se deben producir sólo en circunstancias y bajo hechos que podrían

dejar a la estabilidad pública y a la vida de la república en grave detrimento o en riesgo de desaparecer, en mi concepto sólo en esos casos se justifica dictar estados de excepción, porque las otras situaciones de dificultad o necesidad y urgencia, son cotidianas en el devenir de la vida y desarrollo de los pueblos.

La vía de hecho

Propiamente la vía de hecho deviene de un ejercicio ilegítimo de la coacción administrativa, desplegado de forma incontrovertible al margen del marco de la legalidad. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2005) la conciben como la inexistencia de una cobertura suficiente del acto, que rompe con la cadena de legalidad por lo que el empleo de la coacción administrativa *“constituye una vía de hecho, indigna de toda protección”*. (p. 817).

La doctrina reseña que el concepto de hecho es una construcción de Derecho administrativo francés, distinguiéndose tradicionalmente dos modalidades: *“Que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos por la norma que le ha atribuido ese poder”*. Enseñan los mismo autores *“(…) en tales supuestos, la Administración Pública queda privada de los privilegios que acompañan al ejercicio de sus poderes. (...)”* (García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, Tomo I, p. 817).

La ausencia de legitimidad en el ejercicio de la potestad de coacción administrativa opera ante la adopción de un acto manifiestamente, evidentemente irrespetuoso de todo procedimiento consignado en la normativa, sin fundamento jurídico y sin la existencia de una resolución previa que lo sustente.

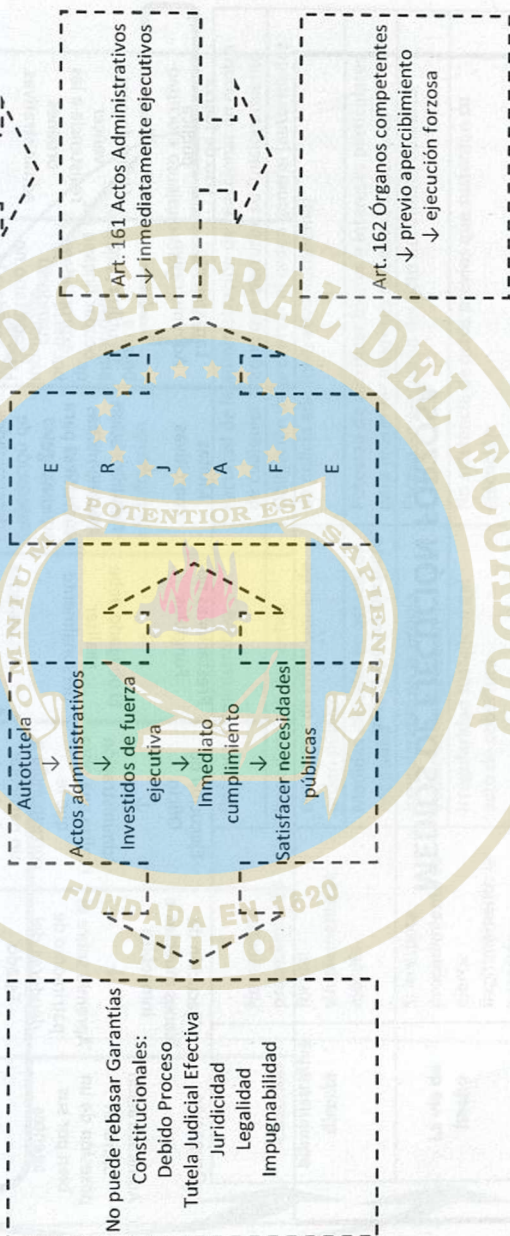
Bien enseñan los precitados tratadistas españoles que *“los supuestos de vía de hecho pueden incluirse dos grandes grupos: inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura e irregularidad o exceso*

en la propia actividad de ejecución en sí misma considerada". (García de Enterria y Tomás – Ramón Fernández, Tomo I, p. 817).

El primer grupo contempla la inexistencia de acto previo que sustente su ejecución así como los actos nulos de pleno derecho, que fueron analizados en detalle en el capítulo precedente. Por el segundo se entiende que la vía de hecho se perfecciona, pese a la existencia de un acto previo y regular, pero que en su ámbito material de ejecución rebasa el ámbito cubierto por el acto en cuestión; es decir existe un exceso en la ejecución del acto.

Nuestro ERJAFE, contempla en su artículo 66 el tema de las vías de hecho, como presupuesto para la determinación de responsabilidades de los funcionarios públicos, siendo en todo caso determinante de gravamen en contra del funcionario que incurrió en la actuación injurídica, todo en acuerdo con lo que señala el propio estatuto y el código político, cuestión que será materia de estudio en una lección posterior.

EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

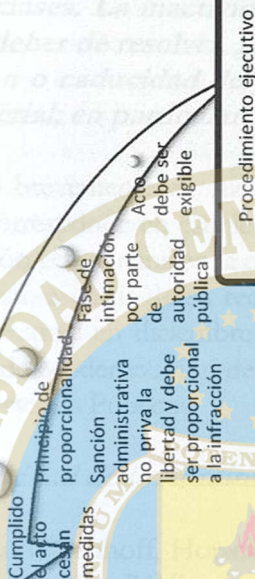


MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA

Acto debe ser perfecto

Ocupación ↓ Administración entra en posesión de un bien por sus agentes	Ejecución de bienes muebles e inmuebles ↓ Apremio sobre el patrimonio de deudores del Estado	Ejecución de Oficio ↓ Administración realiza una obra que le corresponde a un particular cargándole los gastos correspondientes	Prestaciones no Fungibles ↓ El obligado debe realizar personalmente	Multas coercitivas ↓ Administración impone multas coercitivas para conseguir ejecución de determinados actos a cargo de particulares que están obligados a realizarlos	Lanzamiento Administrativo ↓ Se utiliza para ocupar fincas expropiadas cuando su propietario no acceda a la desocupación	Uso de fuerza pública ↓ Utilizado para vencer resistencia a las órdenes administrativas.
---	--	---	---	--	--	--

PRINCIPIOS GENERALES SOBRE UTILIZACIÓN DE MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA



Coacción administrativa directa	No necesita procedimiento formal simplemente se ejecuta	Defensa Administrativa	
		Impedimento de hechos punibles y de infracciones de orden público	Facultad de la administración de reaccionar en contra de cualquier ataque que perturbe su funcionamiento
La vía de hecho	Si irrespeto procedimiento se ejerce ilegítimamente la coacción	Medidas dictadas en estado de necesidad	Obligación de preservar el orden general (autoridades de policía administrativa autónoma)
		Irregularidad en la propia actividad de ejecución	Potestad de sacrificar bienes e intereses particulares para preservar intereses colectivos superiores
		Irregularidad sustancial del acto de cobertura	Exceso en ejecución del acto del ámbito cubierto
			No existencia de actos previos que sustenten su ejecución



Lección 8: La inactividad de la Administración. Concepto y clases. La inactividad formal de la Administración: el deber de resolver. El silencio administrativo. La perención o caducidad del procedimiento. La inactividad material; en particular, la inejecución de actos.

Analizado brevemente el silencio administrativo en el capítulo tercero, corresponde en esta lección, ahondar en sus alcances en la legislación ecuatoriana en la que se le concede la figura de aceptación tácita, a partir de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional en diciembre de 1993, mediante la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos.

La inactividad de la Administración. Concepto y clases

Citando a Marienhoff, Horacio Creo Bay (1998) manifiesta que *“la Administración Pública tiene el deber jurídico de pronunciarse expresamente sobre las peticiones de los particulares”*. (p. 603).

De esta simple reflexión se colige que no decidir o decidir fuera de plazo entraña el incumplimiento de un deber. Asimismo el deber de resolver genera un derecho correlativo a favor del particular. De manera que es posible concluir, que el deber de resolver implica la expedición de una decisión fundada dentro de un plazo determinado, téngase presente que el artículo 84 del ERJAFE, establece que la competencia de los órganos de la administración pública, es irrenunciable, por tanto debe considerarse a todos los efectos que la autoridad pública es responsable de actuar las potestades y competencias que la Constitución y la Ley le otorgan.

En este contexto, Edgar Neira Orellana (2003) reflexionando sobre los antecedentes históricos del derecho de petición, manifiesta:

(...) La Administración subordinada a la ley y al señorío ciudadano no podrá desatender las peticiones que planteen los particulares, y deberá en todos los casos resolverlas fundamentalmente, aceptando o negando lo pedido. Y si de hecho guarda silencio, corresponderá a la ley prever los efectos que impidan la paralización de las actividades y corrijan el incumplimiento del deber de resolver a través de un eficaz sistema de responsabilidades (...) (p. 133).

En ese orden de cosas, nuestro Código Político, en su artículo 66 concerniente a los derechos de libertad, en el número 23, reconoce el derecho de petición. En el contexto de la carta de 1998, el derecho de petición iba ligado con el plazo, dentro del que el agente público debía contestar la petición, solicitud o reclamo. En este contexto se concebía como indisoluble al derecho de petición consagrado en la Norma Suprema con la obligación correlativa del Estado de resolver dentro de un plazo razonable, las peticiones de los administrados, ya sea aceptándolas o desestimándolas. (Neira, p. 136). A la actualidad, la norma manda que, la contestación será debidamente motivada, lo cual torna a toda contestación jurídicamente más robusta y en todo caso, la autoridad antes de emitir su pronunciamiento deberá fundar de modo debido el mismo, de modo que no se torne a la postre en nulo o anulable; pero amén de lo señalado también se dispone que el peticionario o quejoso deberá recibir atención, aún cuando no se señala tiempo, dentro del contexto de la Ley Fundamental conforme señala el artículo 227 es obligación de la administración brindar servicios con eficacia, esto nos da a entender que, debe realizarse dentro de tiempo oportuno que conforme lo señala la Ley de Modernización en su artículo 28, es de quince días, término que es corroborado por el ERJAFE, en más de una disposición.

Más adelante, el propio Edgar Neira (2003) concluye:

Para que esa obligación de resolver haga efectivo el derecho de petición, la Administración habrá de someterse a un plazo en que la resolución sea oportuna. En consecuencia, no se trata del simple derecho de acudir ante la autoridad y formular un pedido, pues a este derecho está indisolublemente vinculado a la obligación jurídica correlativa de resolver ese pedido por parte de la Administración, la que no podrá hacerlo en cualquier tiempo, pues la inseguridad en que quedaría el administrado lo dejaría en indefensión y burlaría el derecho de petición tornándolo ineficaz. (p. 136).

De modo que, al incumplir este deber la Administración, la legislación ha otorgado *“un efecto jurídico a esta falta de atención pública, en razón de que los asuntos no deben quedar irresueltos”*. (Secaira, 2004, p. 209).

La Sala de lo Fiscal de la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de Febrero de 2002, respecto a la inactividad de la Administración, se pronunció:

Ha sostenido esta Sala que el ordenamiento jurídico contiene medidas para que en los supuestos de pasividad de la Administración el administrado no quede indefenso, ya que al ser obligación de la Administración la de dictar resolución expresa, **su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado**; es por eso que el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requiriente se entiende otorgado, por lo que puede decirse del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a la aprobación o autorización a la que sustituye legalmente como viene entendiendo la jurisprudencia, que considera

además que si la Administración no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable. (Lo subrayado nos pertenece)

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p. 2555, Quito, 4 de febrero de 2002.

Por tanto, en todos los casos en los que exista una petición, solicitud, reclamo o queja, dirigida a la Administración Pública, la autoridad competente debe tener presente que, dicho requerimiento del administrado debe ser contestado dentro del tiempo oportuno, esto es en el que la norma prescriba y de no existir tal tiempo, considerar como máximo el plazo de 15 días que otorga el artículo 28 de la Ley de Modernización, de otra parte se debe considerar que toda respuesta debe ser atendida de manera motivada, de suerte que, se ha de establecer el nexo causal entre los hechos y las normas o principios jurídicos en base de los que se está atendiendo al administrado o ciudadano.

Refiriéndose al silencio administrativo, David Andrés Harpelin (2005) razona que *"si el acto es voluntad, declaración de voluntad, el silencio es lo opuesto, el antiacto (...)".* (Derecho Procesal Administrativo, 2005, Tomo I, p. 1649).

En ese mismo sentido, Alfredo Gallego Anatibarte y Ángel Menéndez Rexach (2001) resaltando la obligación de la Administración de dictar resolución y notificarla a los interesados en el plazo establecido para ello, sin que su eventual inactividad perjudique a los derechos o los intereses de los afectados, manifiestan:

(...) Éste es el sentido del silencio administrativo, que es una ficción legal en cuya virtud o bien se entiende producido un acto presunto (silencio positivo) o bien se entiende abierta la correspondiente vía de impugnación (silencio negativo) (...). La regulación del silencio administrativo como institución jurídica debe

considerarse, en rigor, una anomalía en cuanto supone una institucionalización de la ilegalidad. La Administración, obligada a resolver en plazo, no lo hace y, en vez de oponerse frontalmente a esta situación patológica, el legislador la administra, extrayendo de la inactividad las consecuencias jurídicas indicadas. La figura del silencio tiene, pues, una justificación meramente práctica, porque teóricamente es inadmisibile. (p. 175).

En esta línea de razonamiento se entiende que, el silencio tendrá el efecto que le confiera el ordenamiento jurídico, que en el ámbito nacional, la legislación le otorga, el efecto positivo. Bien afirma el propio David Andrés Harpelin (2005) que:

“La operatividad del silencio administrativo positivo da lugar al surgimiento de un acto presunto, y, como tal, a un verdadero acto administrativo. Podría decirse que en el Derecho administrativo el acto presunto genuino es precisamente el surgido del silencio positivo”. (Tomo I, p. 1649).

Sin lugar a duda alguna, cuando se produce falta de pronunciamiento por parte de la autoridad competente, dentro del plazo que tiene para hacerlo, se produce el silencio administrativo, dicho silencio que no es sino el hecho de la inactividad de la administración, da como efecto o resultado el que, surja un acto presunto mediante el cual se ha atendido de manera positiva el pedido o reclamo; en unos casos, y en otros se posibilita al administrado, a que haga uso de su potestad e inicie la pertinente impugnación, en cuyo caso nos encontramos ante la figura del silencio negativo.

Profundizando dichas argumentaciones doctrinarias, el jurista ecuatoriano Patricio Secaira expone que la ocurrencia y los efectos del silencio administrativo, son presunciones de derecho; “puesto que es el ministerio de la ley el que a través de ellos suple la

incuria administrativa para garantizar los intereses del administrado". Tales efectos legales según el mismo autor "tienen como propósito primordial impedir que la administración abuse de su condición de ventaja frente al administrado, a quien no puede coartarse o impedirse el ejercicio pleno de sus derechos de acceder al servicio público requerido o, de oponerse, en sede administrativa o judicial a la negativa, desconocimiento o no reconocimiento del derecho cuyo reconocimiento se ha petitionado o reclamado". (Secaira, 2004, p. 210).

Claro está que, esta anomalía de la actuación de la Administración Pública, se desenvuelve dentro del ámbito del derecho, puesto que todas ellas tienen contenidos jurídicos, por tanto la inactividad trae consecuencias jurídicas y las mismas deben estar acordes a la juridicidad, puesto que el acto presunto que surge de la inactividad de la administración, es un acto administrativo y el mismo es un acto perfecto y por tanto válido, acto presunto que es independiente del antecedente de inactividad de la autoridad y que de no ejecutar el pedido, reclamo o queja del administrado, bien puede en ejercicio de su potestad, accionar ante el contencioso con un recurso de ejecución, para hacer valer sus derechos.

En este contexto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de Octubre de 2003, respecto a los efectos del silencio administrativo y su naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico, concluyó:

"(...) es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y jurisprudencias universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando esta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento si no de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho

este que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen". (Las cursivas y lo subrayado es nuestro)

La inactividad de la Administración, a la cual nuestro ordenamiento jurídico le otorga los efectos del silencio administrativo positivo, puede darse en dos situaciones tipo: en la inactividad material o en la inactividad formal. (Horacio Creo Bay, 1998, p. 604).

Mientras que la inactividad material, es una pasividad, "*un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias*", la inactividad formal, "*se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento; es la simple no contestación a una petición de los particulares*". (Horacio Creo Bay, 1998, p. 604). Siempre la administración tiene que resolver, contestar o dar respuesta oportuna y motivada al ciudadano, el hecho de no pronunciarse trae consigo la figura del silencio administrativo, ahora veamos los tipos de inactividad.

La inactividad formal de la Administración: el deber de resolver

Habiéndose expresado que la inactividad formal de la Administración se deriva del incumplimiento de la Administración de su deber de resolver dentro de un procedimiento, merece transcribirse la Exposición de Motivos de la LPC de España, citada por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) que confiere al silencio administrativo un efecto positivo:

El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no cumple

el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido, garantía que es exponente de una Administración en que debe primar la eficacia sobre el formalismo y que sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. (p. 605).

La aludida garantía constante en la legislación española, entraña que los ciudadanos obtengan de la Administración, respuesta expresa, dentro del plazo establecido. Correctamente han concordado los juristas nacionales que el derecho de petición, elevado a garantía constitucional en nuestra Carta Política de 1998 constituye el recaudo reconocido en la norma fundamental sobre el cual se sustenta la aplicación del silencio administrativo, que enlaza indisolublemente, al derecho de los ciudadanos a dirigir peticiones a la Administración Pública, la obligación ineludible de ésta, a responderlas en los plazos establecidos en la ley; ahora bien, de cara al Texto Fundamental de la República, en materia de atención a las peticiones de los ciudadanos, también cabe anotar que se requiere que las mismas sean motivadas, de suerte que la contestación oportuna ha dejado de ser un mero formalismo, esto es contestar por contestar, siendo que, hoy por hoy la respuesta al administrado debe estar motivada.

Al respecto Javier Robalino Orellana (2005), adecuadamente expone que el derecho de petición *“representa un avance constitucional en cuanto, no sólo ratifica el derecho de dirigir peticiones a la Administración, sino que exige a ésta responder a dichas peticiones dentro de los plazos previstos en la ley, abriendo de esta manera, la puerta constitucional para la aplicación del silencio administrativo, el que está regulado en varias leyes”*. (p. 197); es necesario notar que, hasta estos días la administración poco hace por actuar ceñida a la juridicidad, es un lugar común el que los ciudadanos no reciban respuesta oportuna y motivada a sus peticiones, la arbitrariedad

en este tipo de situaciones va casi siempre ligada de la indolencia de la autoridad a dar atención, con lo que formalmente se produce inactividad, la misma que evidentemente da inicio al silencio administrativo.

Arribando a la materia del incumplimiento formal, el constantemente aludido autor, Edgar Neira, conceptúa:

El no hacer en que incurre la administración tiene carácter formal, pues la presentación de un pedido o de una solicitud activa un procedimiento reglado que exige un pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión del petionario. La ausencia de pronunciamiento constituye inactividad formal que da lugar al nacimiento del silencio administrativo.

En ese sentido, la inactividad formal de la administración, a la cual la legislación nacional le otorga el efecto de silencio administrativo positivo, *“genera un acto administrativo presunto afirmativo al interés de quien promovió la solicitud, recurso o reclamo administrativo. (...) Producido el silencio positivo el beneficiario de ese acto administrativo presunto queda en plena capacidad de ejercer la titularidad del derecho conferido por el ministerio de la ley y, la administración asume la responsabilidad de ejecutarlo”*. (Secaira, 2004, p. 215).

Por tanto, podemos apreciar que la inactividad de la Administración tiene consecuencias jurídicas cuyos efectos son determinados por el ordenamiento jurídico de los Estados, en virtud del cual se determinará la naturaleza positiva o negativa del silencio administrativo, de suerte tal que *“la ley sustituye la voluntad de la Administración que omitió expresarla dentro del plazo”*. (Neira, 2003, p. 130).

Además es importante puntualizar que la garantía constitucional del derecho de petición, desarrollada por el artículo 28 de la LME

blinda su eficacia con la obligación de toda autoridad pública de receptar el pedido del Administrado, independientemente de que dicha solicitud sea dirigida a autoridad incompetente o carezca de los requisitos establecidos en las normas aplicables a la luz de los artículo 87 y 114 del ERJAFE so pena de infringir el artículo 212 del Código Penal, norma que se inscribe dentro del sistema de garantías normativas para el efectivo cumplimiento del derecho constitucional de petición. A la obligación de la Administración Pública de recibir las peticiones formuladas por los administrados, se agrega la responsabilidad directa de los funcionarios públicos de tramitar los expedientes administrativos, adoptando medidas oportunas para remover “los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía o retraso en la tramitación de procedimientos”. (ERJAFE, 114, N. 1).

No obstante que la normas que obligan a la Administración Pública de recibir las peticiones formuladas por los administrados, se encuentran prescritas en el ERJAFE, es preciso remitirnos al lúcido criterio de Édgar Neira, respecto las limitaciones contentivas en dichas disposiciones estatutarias:

Más allá de la contradicción del Estatuto, la obligación de recibir los escritos y peticiones que presentan los administrados y que deriva de una norma constitucional, vincula a todos los órganos de la Administración Pública y a cualquier entidad de derecho público incluidos los Municipios, Consejos Provinciales, y a las entidades autónomas de conformidad con el Art. 118 de la Constitución forman parte del Estado ecuatoriano, pues el derecho de petición consagrado en el Art. 23.15 de la Carta Política no excluye de su aplicación a ninguna entidad pública en particular. (recuerdo al lector que en la actual constitución es el artículo 66.23 el que consagra en los términos anteriormente revisados el

derecho de petición y el artículo 225 el que contiene las funciones, entidades y organismos que conforman las entidades de Derecho Público en el Ecuador).

El silencio administrativo

Sobre la base de un completo estudio del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano fundamentado en los pilares constitucionales del derecho de petición de los administrados y la obligación de resolver de la Administración, el jurista ecuatoriano Edgar Neira (2003) propone una definición muy adecuada del silencio administrativo:

(...) entiendo el silencio administrativo como la omisión del deber de resolver en el que incurre determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados en los plazos previstos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la Administración (silencio positivo) o la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión (silencio negativo). (p. 123).

Al respecto, de forma sucinta el maestro colombiano Gustavo Penagos (1977) conceptúa al silencio administrativo como “un hecho jurídico al cual el derecho le otorga consecuencias jurídicas”. (p. 387).

Teniendo claro que en nuestro ordenamiento jurídico se aplica el silencio administrativo positivo, García Trevijano (1990) citado por David Andrés Harpelin (2005) manifiesta:

“La operatividad del silencio administrativo positivo da lugar al surgimiento de un acto presunto, y, como tal, a un verdadero acto administrativo. Podría decirse que en el Derecho administrativo el acto presunto genuino es precisamente el surgido en el si-

lencio positivo". (Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, p. 1649).

Como habíamos afirmado, el silencio administrativo se edifica tanto en los principios del debido proceso como en el derecho de petición consagrados como garantías básicas de los ciudadanos a la luz del artículo 66, número 23 de nuestra Carta Magna:

Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.*

En base a dicha disposición constitucional, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado consagra el silencio administrativo positivo en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de cuyas prescripciones la ex Corte Suprema de Justicia mediante jurisprudencia de triple reiteración en lo relativo al silencio administrativo ha concluido que:

"Mediante el silencio administrativo positivo, se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, como se halla consagrado en la Constitución Política del Estado. Por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo".

En armonía con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el artículo 104 del Código Tributario prescribe que:

Art. 104.- Aceptación tácita.- La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda.

El funcionario responsable será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

Art. 132.- Plazo para resolver.- Las resoluciones se expedirán en el plazo de **120 días hábiles**, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa. Se exceptúan de esta norma los siguientes casos:

1. Los previstos en el artículo 127, en los que el plazo correrá desde el día hábil siguiente al de la recepción de los datos o informes solicitados por el reclamante, o del que se decida prescindir de ellos;
2. Los que se mencionan en los artículos 129 y 131 en que se contará desde el día hábil siguiente al vencimiento de los plazos allí determinados; y,
3. **Las reclamaciones aduaneras**, en las que la resolución se expedirá en **30 días hábiles** por el Gerente Distrital de Aduana respectivo. (los textos destacados me corresponden).

Del mismo modo se aprecia el efecto positivo del silencio administrativo en el segundo inciso del artículo 31, numeral 16, de la Ley de la Contraloría General del Estado:

El informe a que se refiere este numeral será expedido en el término de quince días contados desde la fecha de recepción de la solicitud y todos los documentos respectivos. La falta de informe no impedirá la celebración del contrato, una vez vencido el término señalado en este inciso.

Adicionalmente, nos habíamos referido a los alcances reales del silencio administrativo positivo que cobijado en las garantías constitucionales de derecho de petición y oportuna respuesta se encuentra limitado a que las pretensiones formuladas a autoridad pública no sean contrarias a derecho, conforme se ha pronunciado categóricamente mediante sendos fallos, de la ex Corte Suprema de Justicia.

En este escenario, el tratadista ecuatoriano Patricio Secaira, en base a su dilatada experiencia en la docencia y en la magistratura, ha venido estudiando detenidamente los alcances del silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico y ha señalado de modo muy completo los casos en que las pretensiones de los administrados e instituciones jurídicas, son incapaces por su naturaleza, de que se les aplique el efecto positivo del silencio administrativo:

- 1) Cuando la petición del administrado ha sido dirigida y presentada ante autoridad incompetente.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de Octubre de 2004, impuso:

La Sala en numerosos fallos, ha hecho suya la doctrina de la línea jurisdiccional de la escuela española según la cual: “la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho”, lo que en otras palabras significa que es esencial para que surta efecto el silencio administrativo positivo, que la petición se haya dirigido a la autoridad o al administrador que sea competente para resolver la materia de tal petición, y que en el supuesto de haber sido resuelta favorablemente, tal petición no se en-

cuentre afectada por nulidad de pleno derecho. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. p. 275 (Quito, 4 de octubre de 2004) (Lo subrayado nos pertenece).

- 2) Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo, toda vez que, en este caso, es el propio administrado quien hace abandono del derecho, sea por desconocimiento de las vías legales que le asisten, por negligencia en su ejercicio o por su voluntad. (...) Ni la administración ni los jueces pueden crear derechos o hacerlos renacer.

En consideración a lo señalado por el autor, me permito a continuación proponer una jurisprudencia de triple reiteración de la Sala Especializada de lo Administrativo, de la ex Corte Suprema de Justicia:

“CADUCIDAD DEL DERECHO PARA PROPONER LA ACCIÓN

El problema de la determinación del referente inicial para el cómputo del término previsto en la Ley de Modernización, así como el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha sido resuelto por esta Sala en fallos de triple reiteración, según el siguiente razonamiento: **1) La intervención de los Tribunales Distritales, para atender las pretensiones del actor dirigidas a hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo, es posible únicamente si no ha caducado el derecho de acción.** (...2) Para...).

Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. p. 1104. (Quito, 31 de enero de 2007)”. (las negritas me pertenecen).

El texto de la sentencia, corroborado con lo expresado por Patricio Secaira, nos deja claro que para reclamar el derecho conculcado, es necesario que el acto presunto, derivado del silencio administrativo, sea demandado en la vía judicial en tiempo oportuno, no es posible que el administrado concurra ante el Tribunal Distrital a proponer una pretensión, cuando el derecho a proponer la misma ha caducado, conforme las reglas del artículo 65 de La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; de tal manera que, la acción que pretenda hacer efectiva el derecho o pretensión de ejecutar el acto presunto, se la debe plantear dentro del tiempo que la Ley establece para dicho cometido.

- 3) Cuando los administrados solicitan a la administración pública la emisión de normas jurídicas de carácter general, pues no es la falta de pronunciamiento al pedido lo que puede poner en vigencia disposiciones normativas. Aceptar lo contrario sería otorgar a las particulares capacidades colegislativas que solamente están facultadas a los órganos públicos dotados de esa reserva jurídica por la Constitución o la ley.

No debe haber duda que el silencio administrativo, se produce frente a la inacción de los órganos de la Función Administrativa, en tanto su actuación sea la expedición de actos administrativos, esto es, aquellos que tengan efectos directos e inmediatos en contra de terceros, ya sea: creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones, a terceros, es decir, son actos inter partes, que de suyo una vez que se efectivizan, esto es, se materializan, el acto ha cumplido su ciclo al haber sido ejecutado. En el tema legislativo o normativo, los actos tienen contenido regulatorio de conductas de las personas, por tanto son abstractos, latos de contenido general, esto son erga omnes, por tanto la aplicación de la norma, no trae consigo el que la misma haya concluido con su vigencia, puesto que la misma se ha de observar de modo perma-

nente y frente a tantos cuantos casos se produzcan dentro del marco de su regulación, por tanto, la naturaleza jurídica del acto administrativo, es radicalmente distinta a la naturaleza jurídica de la norma, en cuya razón, no se puede demandar mora respecto de la inactividad legislativa, ni podemos recurrir a demandar judicialmente al legislador su falta de despacho, no siendo el caso del administrador, quien frente a las potestades y competencias que le atribuye la norma jurídica, debe atender el pedido, solicitud o reclamación del administrado.

- 4) Tampoco procede cuando los particulares peticionan derogatorias, reformas interpretaciones o revocatorias de actos de efecto erga omnes, por razón de que el silencio administrativo sólo tiene efectos individuales o concretos y no es mecanismo para modificar el ordenamiento jurídico; lo cual se aplica también para el paso precedente.

Conforme indicamos en el comentario realizado por Patricio Secaira, en el número 3), en el presente caso, nos ratificamos, el silencio administrativo se produce en actos inter partes, en ningún caso en actos que tengan efectos erga omnes.

- 5) Cuando el administrado no tiene una legitimación activa del derecho reclamado; esto es, cuando el peticionario no está en idoneidad jurídica para beneficiarse de la incuria administrativa por falta de vinculación real de este frente al obrar administrativo.

Comentando este aserto, debo señalar que si el pedido, solicitud o reclamo, debe ser presentado ante autoridad competente, no es menos cierto que, quién solicita, pide o reclama, debe tener legitimación para hacerlo, esto es, debe tener el derecho subjetivo o el interés legítimo para peticionar, solicitar o reclamar, como veremos más adelante el derecho subjetivo nace de la norma objetiva y el interés legítimo es aquel que nace del interés individual,

vinculado con el interés colectivo, este es el claro caso de aquellos que tienen que ver o hacen relación a los derechos ecológicos, medio ambientales, cuestiones que atañen a la comunidad, sin embargo como se los ve muy lejanos y como que casi su activación no nos corresponden o no tenemos derecho a reclamar tal cosa, no ejercitamos dicha potestad.

- 6) Cuando los administrados peticionan concesiones o delegaciones de servicios públicos atribuidos al Estado o sus instituciones; pues en ese evento debe considerarse sobre todo el interés público frente al interés individual pretendido. Los servicios y bienes públicos son administrados por los órganos públicos en guarda del interés y beneficio colectivo.

Amén de lo dicho por Patricio Secaira, debe entenderse que este tipo de situaciones jurídicas se producen en base a procedimientos previamente establecidos y regulados sino por la Ley, al menos por normas regulatorias de carácter reglamentario.

- 7) Cuando los particulares solicitan a las entidades públicas se emitan nombramientos o contratos para prestar servicios en ellas; ya que en ese caso debe observarse el procedimiento concursal previsto en la ley para el ejercicio del cargo público y, establecerse la necesidad del servicio, como también la existencia de vacantes y recursos públicos a los que se aplicaría el gasto. Además por cuanto la relación de servicio administrativo entre los empleados públicos y la administración tiene elementos de bilateralidad en los que confluyen las voluntades del particular con el órgano administrativo.

Igual que en el caso anterior, este tipo de actos se sujetan a procedimientos previamente señalados, tratándose del caso señalado por Secaira, además debe considerarse, como él mismo reflexio-

na, que este tipo de actos son verdaderas relaciones contractuales, en donde amén de la voluntad Estatal, también interviene la voluntad del administrado.

- 8) En el evento de que los particulares soliciten contratar con el sector público, sin intervenir en los procesos de selección correspondiente. Así como en los procesos precontractuales; por cuanto en esta clase de relaciones se aplican los principios de igualdad en la contratación y de autonomía de las voluntades; adicionalmente, por cuanto, se estaría privilegiando a un particular en perjuicio de otro que potencialmente tengan las mismas condiciones que el solicitante.
- 9) En materia de contratación pública, y concretamente en los procesos de ejecución contractual; toda vez que los contratos son ley para las partes, deben ser ejecutados de buena fe y sólo pueden ser modificados por expreso acuerdo de las partes (...). El principio de autonomía de la voluntad, dice relación a la libertad individual para contratar, es decir, a la discrecionalidad de las personas para contraer compromisos y obligaciones, pues las personas no pueden ser compelidas a contratar en contra de su voluntad, de sus intereses y derechos. El principio de igualdad de contratación, se refiere a que las partes contratantes están sometidas al mismo ordenamiento contractual y a la naturaleza de las obligaciones adquiridas; la igualdad en la contratación es un derecho a gozar de atributos comunes y recíprocos entre las partes, pues se origina precisamente en el acuerdo suscrito por ellas. Los dos principios engloban una situación jurídica evidente que es la de ubicar, en materia de contratación pública, tanto a la administración como al administrado en una relación de contraprestaciones recíprocas (...). El efecto que la ley otorga al silencio adminis-

trativo sólo es aplicable a los casos en los cuales existe relación directa entre los sujetos del procedimiento administrativo que se caracteriza por su desigualdad (...).

En relación a la ejecución del silencio administrativo en relaciones contractuales, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de Octubre de 2004, manifestó:

(...) De consiguiente es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida (...) Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. p. 275. (Quito, 4 de octubre de 2004 (Lo subrayado nos pertenece).

La naturaleza intrínseca del acto administrativo, es que el mismo sea expresión de voluntad unilateral, su esencia se pierde en el momento en el que en su formación interviene otra voluntad, porque allí inicia el nivel de bilateralidad en cuyo caso hay que estar a lo que las partes han acordado, por lo tanto resulta que la inacción o tardanza en la ejecución del acto así como el retardo o mora en el mismo, se han de sujetar a otras reglas, que son propias de la naturaleza del contrato.

- 10) Tampoco puede operar el silencio administrativo positivo, cuando la administración pública, en su primer nivel decisorio y, dentro del tiempo legal, adoptó una resolución negativa a la pretensión del administrado y, éste interpone recurso administrativo. El nuevo nivel al que se

recurrió solo está haciendo tutela administrativa de la legalidad del acto materia del recurso; razón por la cual, en ese evento es inoperante e inaplicable el silencio positivo en razón de que ya existió pronunciamiento oportuno de la administración.

Entonces, en el supuesto planteado, téngase en cuenta que el administrado recibió contestación dentro del tiempo, el resto, esto es, la nueva reclamación o recurso tiene que ver con el procedimiento al que debe ajustarse el administrado y por tanto hay que estar a las reglas y a los tiempos que las regulaciones imponen al caso.

- 11) No opera el efecto positivo del silencio administrativo en las relaciones interorgánicas de la administración pública; siendo esto en aquellas actividades que se realizan entre entes del sector público, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. Puesto que el derecho a beneficiarse del efecto positivo del silencio administrativo corresponde a los particulares.

Así se pronunció la PGE ante la formulación de una consulta por parte del IECE:

Si es aplicable el efecto positivo del silencio administrativo previsto por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, relacionada con la aprobación del presupuesto del IECE. Dado que pese a las iniciales gestiones y luego por la falta de integración del Directorio del Banco Central, el presupuesto del IECE no ha sido aprobado.

PRONUNCIAMIENTO:

La aprobación del presupuesto de un ente estatal por otro, no constituye ejercicio del derecho de petición, sino que es consecuencia de la aplicación del

procedimiento administrativo, que se sustenta a su vez en el principio de legalidad al que están sujetas las instituciones del sector público.

En el caso materia de consulta, es una imposibilidad de carácter legal y fáctica, no imputable al Directorio del Banco Central del Ecuador, la que ha impedido que dicho órgano colegiado se integre, pueda sesionar y adoptar las decisiones que le competen.

Por tanto, el efecto positivo del silencio administrativo no es aplicable como norma supletoria al procedimiento de aprobación del presupuesto del IECE, por lo que esa institución deberá necesariamente obtener la aprobación del Directorio del Banco Central del Ecuador, una vez que éste se integre.

Es muy importante este apartado, debe considerarse que la potestad del interesado, administrado o ciudadano en general de beneficiarse de la incuria administrativa, le es propia de su status o naturaleza, no es este derecho atinente a la propia administración, por eso a partir de lo estatuido en el texto del Código Político, hay que remarcar que es el individuo, el particular, la persona ajena a la Administración Pública, el que decide si se quiere este beneficio, frente al quemeimportismo, tardanza, apatía e indiferencia del agente público, en oportuno y motivado despacho y atención a la solicitud, petición o reclamo que realiza.

- 12) Tampoco puede operar el efecto positivo del silencio administrativo cuando la pretensión del solicitante, reclamante o recurrente puede de alguna manera, involucrar derechos de otras personas que debían concurrir o han concurrido al procedimiento administrativo; puesto que dicho efecto sólo se aplica para el caso de derechos, directos, individuales, reclamados por los particulares que

no afecten a derechos que pueden pertenecer a otras personas.

En este punto, difiero del sano criterio del autor, debido a que como señalé antes, también se produce silencio administrativo, cuando de por medio existe un interés legítimo, que además representa u derecho colectivo.

- 13) La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha determinado, en varios fallos que siendo la Ley de Modernización del Estado un cuerpo jurídico de carácter ordinario, el efecto positivo del silencio administrativo establecido en su Art. 28, no tiene aplicación alguna frente a disposiciones contenidas en leyes orgánicas que contienen efectos diferentes; refiriéndose concretamente al caso de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (ahora Ley de la Contraloría General del Estado). Es necesario señalar que existen disposiciones en la Ley de Régimen Municipal (orgánica), que también tiene efectos negativos al silencio administrativo y que, en otras leyes aun ordinarias se contiene para ciertos casos disposiciones expresas que dan efecto negativo a la falta de pronunciamiento de la administración. De tal suerte, ha de entenderse que, el efecto previsto en la Ley de Modernización del Estado es solo aplicable al caso que la Ley no señale de modo expreso efecto distinto al silencio administrativo; así se desprende de los expedientes Nos. 8 y 16 que contienen sentencias de Casación expedidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema que se encuentran publicadas en el Registro Oficial No 332 de 23 de mayo de 2001.

De lo explicado por el profesor Patricio Secaira, debe quedar absolutamente claro que a la luz del principio de jerarquía norma-

tiva, la disposición constante en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado con carácter de ley ordinaria no es irrestricta y por tanto no puede contravenir las prescripciones normativas de una ley orgánica, que como pudimos observar en los ejemplos antecedentes, prescriben distintos plazos, condiciones y efectos a la aplicación del silencio administrativo.

El propio artículo 28 de la LME prescribe que:

Art. 28.- Derecho de petición.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. (...). (Lo subrayado nos pertenece).

La Sala de lo Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de Marzo de 1996, en virtud de la salvedad constante en el artículo 28 LME, invocada equivocadamente en colisión con las prescripciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concluyó:

No se puede tomar en cuenta, exclusivamente, los quince días de término que establece el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado para creer que se ha agotado la vía administrativa por silencio de la administración, cuando existe otra norma legal, el Art. 13 de la Ley del Ministerio Público, que consigna el plazo de sesenta días, atenta la salvedad contenida en la norma primeramente citada. En el mejor de los casos, los quince días deberían ser sumados a los sesenta días para interpretar, positivamente, el silencio administrativo. (Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. p. 1391. (Quito, 24 de marzo de 1996).

Adicionalmente, cabe precisar que el artículo 28 de la LME al regimentar el derecho de petición, pese a no designar de forma

expresa junto al reclamo a la solicitud o pedido, al recurso, no significa que lo excluya, pues el recurso constituye especie, del género “derecho de petición”.

Al respecto el artículo 177 del ERJAFE prescribe que el plazo máximo para dictar y notificar los recursos de reposición y de apelación será de dos meses; en el caso del recurso de apelación, transcurrido dicho plazo, se lo entenderá favorable.

De acuerdo a lo preceptuado en las normas del Estatuto, bien glosa Édgar Neira:

Las resoluciones tardías contienen un vicio insubsanable y están afectadas por una nulidad de pleno derecho dado que la autoridad administrativa que expide la resolución fuera del término de ley habrá perdido competencia en razón del tiempo. Así lo prevén los Arts. 94 letra a) y 129. 1 del ERJAFE. (p. 138)

Por consiguiente, la expedición por parte de la autoridad administrativa de una resolución fuera del término de ley, conlleva su pérdida de competencia dentro del procedimiento, cuya perención o caducidad serán analizadas en el acápite subsiguiente del presente capítulo, no sin antes referirnos brevemente a la responsabilidad del funcionario público que hubiere incumplido con su obligación de atender y resolver o la petición de los administrados conforme lo mandan los artículos 20 y 120 de nuestra norma fundamental:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Del examen de estas normas constitucionales puede evidenciarse nítidamente el principio de responsabilidad extracontractual del Estado, el mismo que en el capítulo posterior hablaremos en forma extensa, cuestión que al tenor de la presente reflexión, se articula de modo indisoluble con el derecho de petición. Bien instruye Javier Robalino (2005):

Dicha responsabilidad se desarrolla expresamente en el Art. 20 de una manera innovadora en el ordenamiento jurídico, pues se separa constitucionalmente la responsabilidad de la Administración de la del funcionario público. Es decir, se reconoce el concepto de una Administración única y responsable, la cual debe responder por sus actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad que tenga el funcionario. Por lo tanto, se fortalece la garantía del ciudadano de reclamar ante el sujeto directamente responsable – Administración- y por otro lado, se (i) limita la capacidad de la Administración de deslindarse de su responsabilidad y (ii) se le exige que repita contra el funcionario causante del daño.

Sobre el derecho de repetición, ante la consulta formulada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Procuraduría General del Estado en resolución de 15 de Agosto de 2007, manifestó:

CONSULTA:

Si es procedente o no que la Corporación Aduanera Ecuatoriana inicie contra varios funcionarios de esa

entidad, juicios penales a efectos de repetición, considerando la no tipificación en la ley de las situaciones en las que existe silencios administrativos declarados judicialmente.

PRONUNCIAMIENTO:

El derecho de repetición por parte de las instituciones del Estado, siempre que judicialmente se haya declarado que el funcionario respectivo haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que establezca la Contraloría General del Estado.

Para concluir, señalemos que petición, solicitud y reclamación, van ligados de la mano con la responsabilidad que tiene la administración pública de dar atención oportuna al administrado, pues de lo contrario se cae en silencio administrativo, que de suyo acarrea responsabilidad en contra del agente público o funcionario que por su inactividad dejó que se produzca un acto presunto, con las consecuencias jurídicas que hemos examinado

La perención o caducidad del procedimiento

A la luz del artículo 28 de la LME, la falta de resolución administrativa dentro del término de quince días o de ciento veinte días tratándose de un reclamo tributario por lo dispuesto en la norma pertinente *"provoca la caducidad de la facultad resolutoria de la autoridad que conocía la petición y por tanto, la pérdida de su competencia en razón del tiempo"*. (Neira, 2003, p. 152).

De modo que, una vez acaecido el tiempo prescrito en la norma jurídica, opera la aceptación tácita por la aplicación del silencio administrativo lo que genera el nacimiento de un derecho autó-

nomo a favor del administrado y consecuentemente caduca la facultad de la Administración para expedir una resolución, decisión administrativa que emitida fuera del tiempo previsto en la ley será nula de pleno derecho (Art. 129, ERJAFE) pues “habría sido dictada en contravención al acto presunto que ya nació a la vida jurídica y que generó un derecho subjetivo autónomo”, nulidad imposibilitada de convalidación por lo dispuesto el artículo 94 del ERJAFE. En ese sentido, el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe como nulidad de una resolución o procedimiento administrativo, la incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que la hubiere dictado. (Neira, p. 152).

Al respecto, la ex Corte Suprema de Justicia, ha reiterado el nacimiento de un derecho autónomo como consecuencia del silencio administrativo inmune a declaraciones posteriores contrarias del organismo al que se dirigió el pedido que se emitan después del término establecido por la ley. En sentencia de 10 de diciembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia concluyó:

En torno a la materia conviene señalar como el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado es un derecho autónomo, que conforme lo enseña la doctrina y jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la declaración contraria del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio, por lo cual la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su

ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución.

En conclusión, la inactividad material de la Administración dentro de los términos previstos en el ordenamiento jurídico, hecho jurídico, al cual la ley le confiere efectos jurídicos por la aplicación del silencio administrativo, origina en nuestra legislación, un derecho subjetivo autónomo lo que implica de igual manera, la pérdida de competencia del órgano resolutor al no haberse pronunciado en los plazos previstos en la norma.

La inactividad material; en particular, la inejecución de actos

Conforme habíamos estudiado en el acápite anterior la Sala de lo Administrativo de la ex CSJ ha reiterado el criterio del surgimiento de un derecho autónomo como consecuencia de la aplicación del Silencio Administrativo. En este marco, la mentada Sala, en sentencia de 21 de agosto de 2002 concluyó:

En cuanto al efecto del silencio administrativo en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, es evidente que tal efecto se produce por la sola falta de contestación a una petición durante un lapso mayor al de 15 días y también es cierto que como consecuencia del silencio administrativo **surge un derecho autónomo de ejecución que bien puede ser exigido directamente en la vía administrativa ya en la vía jurisdiccional, derecho este que no sufre mengua ni disminución por una posterior contestación negativa del administrador, al que fue dirigida la petición inicial.** Este es evidente y así lo ha confirmado la jurisprudencia reiterativa en más de tres fallos de esta Sala, que en consecuencia ha configurado un precedente jurisprudencial

obligatorio respecto de la materia. (Lo subrayado nos pertenece).

Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. p. 3660. (Quito, 21 de agosto de 2002).

No obstante de la nitidez jurisprudencial de los fallos de la Sala de lo Administrativo de la ex CSJ en relación a la institución del silencio administrativo, la Administración Pública de forma cotidiana y sistemática ha enervado el derecho de petición de los administrados oponiendo los más variados métodos para impedir la consolidación de la institución del silencio administrativo, que en nuestra legislación, tiene efectos jurídicos positivos. Bien afirma Edgar Neira (2003) que dicha situación ha ocurrido en buena medida “por la poca técnica empleada en la redacción del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que se ha constituido en la vertiente por la que corre una riada de inmoralidad burocrática y los más concupiscentes formulismos para resistir la aplicación de la ley”. Más adelante en su valioso y pormenorizado estudio, el mismo autor identifica las infracciones administrativas que con mayor frecuencia se perpetran en contra del derecho de los administrados que van “desde la negativa a la recepción de solicitudes y peticiones, hasta la expedición de resoluciones tardías con antedatación o alteración de fecha, pasando por la suspensión arbitraria de procedimientos administrativos o la negativa a la certificación de que ha transcurrido el plazo de ley”. (p. 154).

Luis Hidalgo López (2001) se adhiere a esta crítica, al identificar que en la redacción del artículo 28 de la LME se “prescindió de la Teoría General del Derecho y el Derecho Práctico al no incorporar un efecto jurídico administrativo inmediato, específico y práctico, de la declaración de la aceptación tácita de la reclamación del recurrente”. (p. 116).

No obstante, dejando a un lado tales críticas derivadas de las deficientes prácticas administrativas cotidianas, debe quedar absolu-

tamente claro a la luz de lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ y establecido como precedente jurisprudencial obligatorio que la *“acción para proponerse para hacer efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio administrativo será una acción de puro derecho en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba (...)”*.

En conclusión, debe precisarse que las únicas causales por las cuales no podría declararse la ejecución del silencio administrativo positivo son:

- 1) Que se haya presentado ante autoridad incompetente para aceptar la solicitud;
- 2) Que en caso de haber sido aceptada la solicitud de manera expresa, habría sido afectada de nulidad absoluta. (Efraín Pérez, 2008, Tomo I, p. 543).

En mi visión, la norma jurídica debe contemplar el que la inactividad de la administración, dentro del tiempo señalado en la norma, da lugar a la presunción de derecho de que la respuesta se entiende como positiva y el ciudadano podrá hacer valer sus derechos con tan solo presentar la comprobación del transcurso del tiempo y de la inacción de la función administrativa.

- Cuando la petición se dirige a autoridad competente
- Cuando se pretende el reconocimiento de derecho caducado
- Cuando se solicitan emisión de normas jurídicas de carácter general
- Cuando se pide derogatorias, reformas, interpretaciones o revocatorias de actos con efectos erga omnes
- Cuando el administrado no tiene derecho subjetivo para hacerlo
- Cuando se peticionan concesiones o delegaciones de servicios públicos
- Cuando un particular solicita a entidades públicas se emitan nombramientos o contratos para prestar servicios en éstas
- Si un particular solicita contratar con el servicio público sin intervenir en los procesos correspondientes
- En materia de contratación pública → Proceso de ejecución contractual
- Si previo al nivel superior al que se recurrió se negó la pretensión
- En las relaciones interorgánicas de la administración pública
- No se aplica frente a otras disposiciones de una ley con jerarquía superior

Silencio Administrativo

Hecho de inactividad de administración

Casos de inaplicabilidad del efecto positivo del silencio administrativo por la naturaleza de las pretensiones.

Efectos

Art. 66 # 23 Constitución
Derecho de petición



Silencio Positivo: Acto presunto que provoca aceptación tácita de la administración



Silencio Negativo: Posibilidad del administrado a que inicie la impugnación evitando su indefensión



Lección 9. La potestad sancionadora concepto y significado. Principios generales del Derecho Administrativo sancionador, en particular el principio de legalidad. El procedimiento sancionador y sus garantías. El debido proceso. Medidas sancionatorias administrativas

La potestad sancionadora concepto y significado

Tradicionalmente la estructura, alcance y legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración ha generado polémica entre la doctrina, dado su origen, primitivamente ostentado por las monarquías que abusaron de su ejercicio limitándola únicamente a las fronteras de su arbitrio, despotismo y dominación. Como habíamos estudiado, la Revolución Francesa racionalizó el ejercicio de tales poderes directos y expeditivos, a través de la promulgación del primer Código Penal francés en 1791, que instituyó el Derecho penal judicializado, alumbramiento que fomentó que las monarquías adoptaran el nuevo sistema sancionatorio más objetivo y con alcances delimitados, progreso que no trajo aparejada la consecuencia del abandono de sus propios poderes sancionatorios. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo II, p. 164).

Conforme señala el profesor Enterría, más o menos similar cuestión sucedió en nuestro medio, en principio las acciones irregulares de orden administrativo e incluso disciplinario, fueron judicializadas, así por ejemplo, cuando vemos el desarrollo y evolución del sistema de control en el Ecuador, es muy singular mirar cómo el control de los recursos y bienes públicos se llevaban a través de Tribunales de Cuentas, que era la categoría que antes tenía la potestas atribuida a la Contraloría General del Estado, en el Código Político, para lo que basta revisar los contenidos en dicha materia en las constituciones de 1878, 1884, 1897 y 1906.

De modo que la consecuente y progresiva judicialización de las faltas administrativas no significó en la realidad, la eliminación de

los poderes represivos de gobernadores y alcaldes “que podían ejercer paralelamente a las penas por faltas aplicadas por el Juez, porque el ejercicio de la autoridad debe ser libre y desembarazado, invocándose también el principio de separación entre la Administración y la Justicia”. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo II, p. 164).

Esto nos debe llevar a la idea de que las responsabilidades son distintas, conforme la responsabilidad que se atribuya al hecho en la norma que tipifique la misma, empero de ello, un mismo hecho puede ser materia para establecer distinto tipo de responsabilidad, por tanto en el mundo jurídico actual, bien cabe señalar lo que en realidad se expresa en los textos sancionatorios, que una responsabilidad no excluye a otra, por eso es que se manifiesta al tenor de los textos normativos: “(...) sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar (...)” conforme expresa el artículo 86.4 de nuestro actual Código político. A lo largo de esta parte del estudio iremos examinando cómo se coligen las distintas responsabilidades de orden disciplinario, pero y sobre todo examinaremos las reglas del proceso a que hay lugar para la determinación de las mismas.

En este orden de ideas, Colmeiro, citado por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004), manifiesta que “*la independencia de la Administración estaría comprometida si no tuviera ninguna potestad coercitiva*”, concluyendo que éstas constituyen “*funciones propias del poder judicial que el poder legislativo delega en la Administración*”. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo II, p. 165).

Por tanto debe quedar claro que, la potestad sancionadora de la Administración es uno de los pilares de su sistema de potestades. Tal alusión de acuerdo al lúcido criterio de Alejandro Nieto (2002) “*proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional*

del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscaban su justificación dogmática en la sanción, en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador". (p. 80).

Toda organización requiere de disciplina, mucho más si se trata de una estructura administrativa, y si ésta es pública el tema sancionador debe estar presente, sólo en el contexto de la jerarquía se entienden los mandos y el orden dentro de la trama de la disciplina y por tanto de la obediencia. Mando y obediencia son por tanto pilares esenciales de la disciplina, del orden, la jerarquía y el acatamiento de las órdenes legítimas emanadas de los superiores. Si no hay regulaciones claras y diáfanas no es posible que, la sociedad en su conjunto acate las reglas, o por mal interpretarlas, o no entenderlas, pero si a esas disposiciones no le acompañan cuestiones de sanción, las mismas corren el riesgo de no ser obedecidas, por ello es que conforme lo dice Nieto, la Potestad Administrativa Sancionadora, le da un sustento firme al Derecho Administrativo, su ejercicio, formas y formalidades le otorga el que con mucha precisión se pueda hablar, como dice el autor, de la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador.

Conforme hemos venido afirmando a lo largo del desarrollo del libro, la actividad administrativa encuentra su origen y sustento en el principio de juridicidad y legalidad, armazón y base del andamiaje jurídico del Estado, cuya normativa contiene y confiere las potestades y competencias de la Administración.

Sobre la naturaleza de la potestad sancionadora, indica Alejandro Nieto (2002):

Tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionan-

do hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: *la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico "ius puniendi", del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones.* (p. 80).

En nuestro ordenamiento jurídico, el *ius puniendi* del Estado se encuentra delimitado por nuestra norma fundamental en lo siguientes términos:

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

(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Del análisis de esta norma constitucional resulta evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico se diferencia a las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas, reconociéndose en consecuencia la potestad sancionadora de la Administración, similar a la reconocida en el ordenamiento jurídico español, cuyo Tribunal Constitucional, en sentencia N. 77/ 1983 de 3 de Octubre, citada por Alejandro Nieto (2002), justificó su independencia:

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio ju-

dicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso inviable, (...), Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3, aunque, como es obvio, sometién-dole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. (p. 83).

Debe resaltarse pues, que la actividad administrativa es integral y no puede concebirse su debido desenvolvimiento sin el auxilio de una potestad sancionatoria propia, pues la satisfacción del interés público exige la utilización de medidas administrativas inmediatas encaminadas a materializar los cometidos administrativos, castigando la desobediencia de los particulares y enfrentando obstáculos que impiden la debida realización de sus fines. No es exagerado reiterar, que el ejercicio de tal potestad debe circunscribirse de modo irrestricto a la juridicidad y a la legalidad, pues como bien acota Fiorini (1995) a propósito de los actos sancionadores de la Administración: *"esta actividad represiva de la Administración, cualesquiera fueren sus denominaciones, es expresión siempre jurídica y siempre administrativa que castiga actos o conductas jurídicas de los particulares, comisiva u omisivas de deberes hacia la Administración"*. Más adelante, concluye *"todos los casos son manifestaciones normativas de los distintos objetos que cumple el poder administrador"*. (p. 314).

Por consiguiente, no debemos perder de vista el predominio de la juridicidad como la fuente y la matriz de toda actividad administrativa, más aún, en el delicado ejercicio de la potestad sancionatoria que además debe subordinarse de modo irrestricto a los principios del debido proceso y la garantía constitucional de la seguridad jurídica. No debe haber en orden a sancionar a alguien en cualquier rango, materia o tiempo, la decisión sin el marco que

regule el procedimiento para dicha sanción y peor aún si el hecho sancionado no está previamente tipificado en una norma al menos con fuerza material de Ley, como claramente disponen los textos políticos en casi todos los Estados que se precian ser democráticos y más aún en aquellos que estiman ser sociales de derecho.

En esta línea de razonamiento, en sentencia de 11 de Julio de 2002, la célebre Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, abordando el alcance del debido proceso como garantía fundamental, concluyó:

En un sistema político democrático imperativamente habrá un proceso justo como requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho, ésta es la esencia del debido proceso, por lo tanto, el derecho a un debido proceso implica la posibilidad de acceder a un proceso justo, lo que presupone la vigencia de una serie de garantías básicas de índole procesal, recogidas tanto en la propia Constitución Política, como en los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia; y cada vez que se transgrede una de estas garantías básicas a consecuencia de lo cual la persona se ve privada del acceso a un proceso justo, se está desconociendo este derecho. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. p. 3428. (Quito, 11 de julio de 2002)

En este contexto, es necesario resaltar que el artículo 76, 77 y 169 de nuestra norma fundamental eleva a garantías constitucionales fundamentales las correspondientes al debido proceso, que no únicamente tienen capital relevancia en el Derecho Penal, sino también, en el Derecho Administrativo, cuyo ejercicio de potestad sancionadora debe enmarcarse de modo general en los principios de tipicidad, legalidad, tutela judicial efectiva e irretroactividad. Cabe indicar que se agregan otras garantías procedimentales

de raigambre constitucional a la imposición de sanciones por parte del Estado, que las analizaremos debidamente en el siguiente acápite.

Ahora bien, resulta ilustrativo transcribir unos pocos ejemplos de la normativa interna que rige la potestad sancionadora de la Administración, así como sus principios:

Código Tributario:

Art. 67.- Facultades de la administración tributaria.-

Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos.

ERJAFE:

Art. 192.- Principio de legalidad:

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma.
2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal.
3. Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio, por la Administración Pública Central, de su potestad respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.

Art. 199.- Garantía de procedimiento:

1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal establecido.
2. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

De las normas citadas, resulta clarificador examinar el artículo 192 del ERJAFE, que subordina la actividad de la Administración a los principios del debido proceso, en especial el de legalidad y reserva de ley. Sobre el principio de juridicidad hemos hablado in extenso, y lo haremos en líneas posteriores; es necesario ahora, al menos de modo general, dejar señalado en que consiste el principio de reserva legal. Es menester indicar que la relación jurídica y el quehacer de las actividades que desarrollamos las personas, sean éstas naturales o jurídicas, en general se desenvuelven en el ámbito de las más diversas materias, el mundo actual, gracias al desarrollo de la ciencia y la tecnología, ha logrado el que los ámbitos y espectros en los que actuamos, sean cada vez más bastos e intensos y se vaya cada vez especializando en las distintas actividades en las que nos encontramos. Muchas de estas materias, por su propia naturaleza y sustancia, deben estar reguladas por una ley y es así que el constituyente, en los distintos textos políticos, señala cuáles son aquellas, en el caso ecuatoriano, las mismas se encuentran dentro de los textos del artículo 132 y 133 de la Ley Fundamental, el primero que señala que materias están reservadas a la ley ordenaria y el segundo que indica las que están bajo el dominio legal orgánico, en este sentido, nosotros tenemos un sentido jurídico de reserva legal máximo, esto es, sobre las materias o áreas del convivir que están señaladas en la Constitución, tan sólo le compete al legislador dictarlas y también puedo decir que, las demás materias han de estar reguladas en los reglamentos.

Además es necesario considerar que, la actividad sancionadora debe ser ejercida tan sólo por aquel órgano al que le esté atribuido la misma, de tal modo que, ningún otro órgano la puede ejercer y es más, se debe anotar que conforme la doctrina universal, sólo por norma con fuerza material de ley se puede establecer una sanción, esto está recogido por el derecho positivado de nuestro país y tiene jerarquía constitucional, sólo de esa manera se puede leer el texto del artículo 76.3 del Código Político; así mismo reitero, que toda sanción deberá ser impuesta una vez que se investiguen de manera debida los hechos que dan lugar a la responsabilidad establecida y ese procedimiento a de ser el previsto en la normativa referida al caso, esto conforme lo indica la propia norma antes enunciada, para cuyo mejor conocimiento y entendimiento a continuación transcribo:

Constitución del Ecuador

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

(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Es preciso indicar que, de modo predominante la Potestad Sancionadora de La Administración se expresa a través del ejercicio de la potestad disciplinaria. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández integrando dicha potestad con el poder general de la Administración a imponer sanciones, indican:

La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, por una parte; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos (la tradicional “falta de probidad” de los funcionarios (...)). (Tomo II, 2004, p. 170)

En el ejercicio de tal potestad y en la determinación de los procesos de juzgamiento disciplinario pueden apreciarse de forma más nítida la vigencia de los principios de debido proceso; esto es muy particular de los sumarios administrativos en el caso de la relación del personal de la Administración Pública ecuatoriana, que se los efectúa con apego a la normativa administrativa, conforme el mandato del artículo 229 y siguientes de la Constitución, por lo que es muy común observar en las normas de personal un régimen disciplinario con sus propias tablas de sanciones, conforme al grado y proporcionalidad de la gravedad de la falta cometida, de suyo, si no, en la misma Ley, en el reglamento correspondiente se establece el procedimiento a seguirse para la sanción a que haya lugar, para lo que resulta además interesante e importante remitirse al artículo 42 y siguientes de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y el artículo 69 y siguientes de su Reglamento.

Principios generales del Derecho Administrativo sancionador, en particular el principio de legalidad

De acuerdo a lo expresado previamente, el sistema de imposición de penas y sanciones administrativas se rige conjuntamente con el sistema penal, por la disposición constitucional constante en el artículo 76, número 3 de la Carta Política, coligiéndose que los

principios del Derecho Penal cobijan también al Derecho Administrativo, en lo relativo a la potestad sancionadora de la Administración. Resulta por tanto es evidente que el principio fundamental que rige el Derecho Sancionatorio Administrativo, es el de legalidad que en este ámbito se expresa mediante el siguiente aforismo: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

En relación a este principio, el Tribunal Constitucional de España, citado por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández manifestó que en el ámbito de derecho administrativo sancionador, se contempla una doble garantía, a saber:

La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y eventual sanción; la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término legislación vigente contenido en dicho artículo 25.1 es expreso de una reserva de Ley en materia sancionadora (...).

Hemos apreciado a lo largo del desarrollo del libro que el principio de legalidad constituye la columna vertebral de la actuación administrativa que en el plano sancionador su capital importancia, adquiere mayor notoriedad por evidenciarse de modo más patente los principios del debido proceso así como los cimientos que modulan el principio en examen, que según Dromi (1999) son: "1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de normas a la ley; 3) determinación de la selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración". (p. 61).

De lo que hace relación a la reserva de ley, analizamos en el acápite anterior. El principio de legalidad da origen al poder sancionatorio y del mismo modo, regula su ejercicio. Al constituir un principio del debido proceso su acatamiento no debe estar sujeto a condicionalidades y sus normas constituyen disposiciones de orden público. En ese sentido, la CSJ ha dictaminado en base a lo consagrado por la doctrina que el debido proceso es un principio universalmente aceptado que *“exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras la legítima defensa”*²⁸.

La exigencia de una *lex previa* y una *lex certa* condiciona el ejercicio de las facultades de las autoridades sancionadoras. Al respecto, ilustra con claridad Alejandro Nieto que *“si con la ley previa se les había cercenado la facultad de crear infracciones y sanciones, con la ley cierta se trataba de evitar, además, que pudiesen operar con excesivo margen personal en la aplicación de la norma ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen disponen el intérprete y el operador jurídico”*. (p. 200).

Siguiendo el acertado criterio del mismo autor el mandato de tipificación contempla una fórmula técnica que “acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma. Por lo que “las infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley”.

En este escenario, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en Resolución Nro. 033-2001- TP, ante la interposición de un recur-

²⁸ Véase la sentencia de 27 de Febrero de 2008 dictada por la CSJ citada en el capítulo segundo. Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. p. 2985.

so de amparo contra la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura por la imposición de una pena “prevista” en el Reglamento de Tramitación de Quejas del CNJ, resolvió conceder el amparo en virtud de que se violentó el artículo 24, número 1. Al respecto en su parte considerativa, dicha Magistratura manifestó:

Que, la aplicación de una disposición reglamentaria para imponer la multa, contraviene la norma constitucional dispuesta en el numeral 1 del artículo 24 de la Constitución Política que hace referencia a la inaplicabilidad de una sanción no prevista en la “Constitución” o la “ley” y consecuentemente contraviene la contemplada en el artículo 17, literal f) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura que impone sanciones disciplinarias de amonestación, escrita, multa, suspensión de funciones sin remuneración, remoción y destitución, separación por causas de incapacidad e inhabilidad a la Ministros de las Cortes Superiores, Ministros de los Tribunales Distritales, Vocales de los Tribunales Penales, Notarios y demás funcionarios y empleados judiciales, en los casos previstos en la ley y, además, el acto es ilegítimo porque se aparta de los principios de justicia, equidad y dignidad del hombre”.

Tal sentencia evidencia la solidez de la provisión constitucional constante en el artículo 76 número 3 (anterior 24 número1), al tiempo que salvaguarda la integridad de la jerarquía normativa reconocida en el artículo 272 de la Carta Política. Realizando un análisis comparativo con el sistema jurídico español el cual ha elevado también a garantía constitucional el principio de legalidad en materia sancionadora, el Tribunal Supremo de España, ha reafirmado el predominio de dicho principio de modo irrestricto, dictaminando de modo inequívoco que la palabra “legislación” alude de modo exclusivo a una norma con rango legal.

En armonía con la precitada disposición constitucional, encontramos el principio de autonomía de voluntad, que el Código Civil de siempre lo ha consagrado, principio que a la actualidad está consagrado en la letra d) del número 29) del artículo 66 del Código político, normas que para nuestro análisis, las transcribimos:

Constitución del Ecuador

Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

(...)

29. *Los derechos de libertad también incluyen:*

(...)

d) *Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.*

Código Civil

Art. 8.- *A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.*

Código Penal

Art. 2.- *Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. (...).*

Art. 4.- *Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. EL juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo.*

Cuestión que evidentemente guarda total concordancia con lo que expresa nuestro Código Político, como lo vemos a continuación:

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

(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Es importante mirar en este apartado, la relación entre la autonomía de la voluntad del ciudadano común y corriente, para saber que, en base de su independencia y libertad de voluntad puede hacer todo cuando el mundo jurídico le permita, ese marco de actuación está dado por los derechos de libertad, de modo esencial, los derechos patrimoniales y aquellos que el Estado le otorgue, desde luego, siempre sin perder de vista que la norma también le impone prohibiciones o restricciones que está obligado a acatar, teniendo además siempre presente que la libertad de un individuo termina en el mismo punto en el que inicia la libertad del otro; sin perder de vista que, las personas siempre estamos en procura de la satisfacción de nuestros propios derechos e intereses y en no muy raras ocasiones, aprovechamos de lo que está a nuestro alcance, sin importarnos el que pase con el ser social, como pasa por ejemplo con el mal uso de los bienes que nos da la naturaleza, atacando de ese modo a los derechos al medio ambiente; ento en cuanto a los sujetos mirados individualmente y dentro de la esfera privada de sus actuaciones. De modo general, como hemos reseñado ya en otro momento, la norma jurídica, llámese Constitución, Ley, Reglamento, Estatuto, Ordenanza o cualquier otra, en la esfera de las actuaciones públicas, se impone al gobernante sumisión a la misma, para de ese modo evitar el autoritarismo, la arbitrariedad, que en ocasiones deviene hasta en

despotismo y en el caso de los particulares, no cabe la menor duda que la norma jurídica evita la anarquía, la anomia y el caos social.

La inocultable tensión suscitada entre los intereses de la Administración orientadas a la eficacia y satisfacción de los intereses públicos, con la de los ciudadanos, celosos de la protección de sus derechos fundamentales, ha generado no pocos debates jurisprudenciales y doctrinarios en relación al real alcance del principio de legalidad. En palabras de Hesse, citado por Alejandro Nieto (2005) *"no es lícito sacrificar los derechos fundamentales a las relaciones de sujeción especial, pero tampoco el que las garantías de estos derechos imposibiliten la función de tales relaciones. Ambos, los derechos fundamentales y las relaciones especiales, necesitan de una integración que les proporcione una eficacia óptima"*. (Alejandro Nieto, 2005 p. 228).

Esta relación conflictual, denominada por Alejandro Nieto (2005) como "juego de tensiones", no ha sido ignorada por los tribunales (por lo menos los españoles), sin embargo su tratamiento no ha culminado en una solución pacífica y equilibrada que zanje de modo definitivo las disputas generadas al calor de esta contienda, que desafía a los estudiosos del Derecho Administrativo a inventar una o varias soluciones eficaces que no soslayen ni los intereses de la Administración, ni los intereses de los administrados. En este contexto el mismo Nieto (2005), de modo muy ilustrativo esboza los escenarios ante una interpretación restrictiva y otra ante una interpretación laxa del principio de legalidad:

(...) por muy fiel que a la letra parezca, es tan tosca y radical que asusta aceptarla. El péndulo, una vez más, ha pasado de un extremo a otro de su recorrido y ambos extremos son igualmente reprobables. La tradicional relajación de las garantías legales en todos los supuestos de sujeción especial es inaceptable, como acabamos de ver, en un Estado de

Derecho. Pero el sometimiento de todas estas relaciones (con la única excepción de las disciplinarias) al régimen común, sin matización alguna no es menos reprochable, por muy bienintencionado que sea. (Alejandro Nieto, 2005, p. 229).

La radicalidad de esta disposición constitucional es tanta que la “práctica administrativa y jurisprudencial se va negar a aplicarla”, insubordinación generalizada que en nuestro país es patente en virtud de que tan solo una minoría de la producción normativa emana del seno de la Función Legislativa, lo que explica la constante vulneración a la que se encuentra sometida dicha garantía. (Alejandro Nieto, 2005, p. 229).

El dilema derivado de la interpretación del alcance del principio de legalidad se resume en dos opciones:

Si se sigue la interpretación literal de la Ley y se somete el ejercicio de la potestad sancionadora en las relaciones de sujeción especial al régimen común, se producirán evidentes perturbaciones en la gestión de servicios.

Y si, por el contrario, se admiten ciertas relajaciones, nos encontraremos como antes, y aun peor, por haber dejado pasar la oportunidad de su regulación se mantiene la inseguridad jurídica anterior. (Alejandro Nieto, 2005, p. 229).

Es absolutamente necesario referirse a las numerosas dificultades que devienen del alcance de una solución que equilibre los intereses contrapuestos a los que hemos aludido, así como los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales por relajar tales tensiones. Como se conoce, la simple voluntad del legislador termina por enterrar cuantas conclusiones y soluciones jurídicas se hubieren producido alrededor de estas valiosas disquisiciones y, concretamente en el ámbito del principio de legalidad, la ley y la jurisprudencia.

dencia han sido tajantes en conferirle un ámbito restrictivo de interpretación, como previamente apreciamos en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, dictaminada en armonía con los artículos 226 de la norma fundamental y 192 del ERJAFE. Finalmente, no debe perderse de vista que la vulneración de dicho principio, menoscaba también la vigencia del principio de seguridad jurídica.

Como corolario al desarrollo de este acápite, es indispensable reseñar lo que dijo La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 17 de mayo de 2000, en alusión a la caducidad de la facultad sancionadora y su relación con la seguridad jurídica, con erudición concluyó:

Cierto es que el Art. 192 (actual 169) de la Constitución Política del Estado establece, refiriéndose al sistema procesal, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades; mas ocurre que el lapso durante el cual una autoridad puede ejercer su acción sancionadora no es una simple formalidad sino una condición indispensable, exigida por la seguridad jurídica, que mira a la capacidad de ejercicio de la atribución de la autoridad y que, por lo mismo, se enmarca dentro de las limitaciones que a su conclusión se establece, mediante la caducidad, conforme unánimemente acepta la doctrina administrativa aunque singularmente nuestra Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa la denomina prescripción. Concluido el término para el ejercicio de la potestad sancionadora, la autoridad pierde toda facultad para ello y, en consecuencia, esa carencia jamás puede ser considerada, cualesquiera que fuere los efectos de la misma, como una simple formalidad ya que mira sustancialmente al orden público.

Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. p. 904. (Quito, 17 de mayo de 2000)

(Lo subrayado y lo que consta entre paréntesis, nos pertenece)

También debo señalar que, algún sector en la doctrina ecuatoriana sostiene que, en el caso de que un servidor deje su cargo, función o puesto, cualquiera que sea su rango, por cualquier causal de cesación de funciones y luego de que se concluyan sus funciones, pero dentro del término para iniciar algún procedimiento sancionador, bien se puede iniciar dicho trámite e incluso llegar a sancionar. En mi criterio y parecer el servidor público, extingue sus relaciones jurídicas de orden administrativo y disciplinario, con la entidad u órgano para que estuvo prestando sus servicios, en el momento mismo en el que se da cualesquiera de las causas de cesación de funciones, desde mi punto de vista el contrato de servicios o nombramiento, es el que le vincula administrativamente al agente público y no la Ley. Ahora bien, siempre se debe entender que ese tipo de terminación de relación, se da sin perjuicio de los asuntos de orden civil y penal a que hubiere lugar, cuyos efectos se dan precisamente en razón de la relación jurídica que mantenía el empleado o funcionario público.

Finalmente, es menester que analicemos la garantía del debido proceso contenida en el artículo 76, número 7, letra i) de la Carta Política, en virtud de la cual “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” que tiene sus particularidades en el procedimiento sancionador administrativo, cuya distinción respecto al proceso penal, fue perfectamente dilucidada en sentencia de 25 de Junio por la primera sala de lo penal de la ex Corte Suprema de Justicia:

De conformidad con la letra i), número 7 del artículo 76 de la Constitución Política de la República, ninguna persona puede ser juzgada más de una vez por la misma causa, pero el juzgamiento a que se refiere la Carta Fundamental del Estado, es el que se sustancia por una infrac-

ción tipificada en el Código Penal y de conformidad con el Código de Procedimiento Penal, a través de un juicio formal en el que debe recaer una sentencia absolutoria o condenatoria. Tal juzgamiento reglado por el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, es radicalmente distinto de la sanción administrativa que el Superior, en ejercicio de sus funciones, puede imponer al subordinado que ha quebrantado el cumplimiento de sus deberes. *En suma se trata de dos procedimientos radicalmente distintos, siendo de notar que la ley se refiere inequívocamente al juzgamiento penal típico que da origen a un juicio que se rige, como se dijo ya, por las normas del Código Penal y de Procedimiento Penal. En consecuencia la querellada no ha sufrido dos enjuiciamientos, sino únicamente el que se contiene en esta causa y que bien pudo prosperar de acuerdo con los preceptos legales que rigen el caso.* (Lo subrayado nos pertenece) Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. p. 4597. (Quito, 25 de junio de 2004).

Por tanto, siempre téngase presente la distinción de hechos que luego del respectivo control, realizado por autoridad administrativa o judicial, según el caso, pueden dar lugar a responsabilidad administrativa, civil o penal, según el daño causado al bien jurídico que se trata de proteger en un Estado Social de derechos y justicia.

El procedimiento sancionador y sus garantías. El debido proceso.

En el segundo capítulo revisamos con profundidad los principios fundamentales que rigen los procedimientos administrativos, debiendo quedar sentado que la salvaguarda de tales garantías, adquiere mayor relieve en el procedimiento sancionador, pues encausa el ejercicio de la represión pública en las fronteras del

respeto de los derechos de los administrados. La imposibilidad de uniformar el procedimiento administrativo ecuatoriano penetrado por un sinnúmero de leyes especiales que prevalecen “sobre las normas del ERJAFE promulgadas por decreto ejecutivo no implica desconocer *“el papel unificador que cumplen los principios rectores de la actuación administrativa consagrados en la Constitución Política”*. (Edgar Neira, Las normas de la Constitución Política de 1998 y el procedimiento administrativo común, 2004, p. 90)

No podemos dejar de lado tampoco, las normas comunes a los procedimientos administrativos, no regulados por leyes de mayor jerarquía, consignados en la Ley de Modernización del Estado.

En este escenario, el procedimiento administrativo sancionador debe proyectar igualmente las garantías del Derecho Penal Sancionador, cuyos pilares se afincan en el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia. De igual manera debe resaltarse que en el procedimiento sancionador, la Administración actúa como juez y parte. Cabe mencionar que, además del recaudo constitucional contenido en el artículo 173 de la norma fundamental que garantiza la revisión de las actuaciones administrativas en sede jurisdiccional, en palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) *“ha de formalizarse lo necesario para que ese derecho fundamental (derecho a la tutela judicial efectiva) pueda ejercitarse en condiciones suficientes; no podrá darse por supuesto ningún trámite esencial, las forma son todas aquí, en la conocida expresión de IHERING, garantías de la libertad y, consecuentemente, condicionan ad solemnitaten la validez de la sanción misma”*. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo II, p. 189).

Debe reconocerse por tanto, de modo incondicional el predominio absoluto de las garantías del debido proceso consignadas en la Constitución y en los tratados internacionales, teniendo. En este marco constitucional, el ERJAFE ha desarrollado los lineamientos del procedimiento sancionador:

Art. 200.- Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

En dicho artículo, se proyectan las garantías del debido consagradas en el artículo 76 de la Constitución del Estado, en especial las constantes el número 7:

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

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

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

En definitiva lo que hace el artículo 200 del ERJAFE es simplemente reconocer la prevalencia de las garantías fundamentales que componen el derecho a la defensa preceptuados de modo preponderante en el artículo 76 de la norma fundamental, en consonancia con el más alto deber del Estado consistente en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Carta Política (Artículo 11 de la CRF)²⁹; es interesante notar

²⁹ Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

como en los textos de la actual Ley Fundamental, se recogerán en gran medida aquellas garantías que a lo largo del tiempo los seres humanos han ido obteniendo, unas veces gracias a su ingenio y en otras luego de largas y cruentas luchas y que ahora se deben tener presentes, ya sea del lado de la administración, de la del status de un simple ciudadano, de la del juzgador, esto es desde varias aristas, dependiendo de cómo se den las condiciones de aplicabilidad de las garantías ciudadanas. En el tema que nos importa, es de radical importancia tener siempre presente lo estatuido por el número 7 del artículo 11, puesto que, hay que tener conciencia que no son aplicables tan sólo las garantías prescritas en la norma fundamental y en los instrumentos internacionales, sino que además todas aquellas que sean inmanentes a la condición de ser humano, la misma que es la de ser la razón misma de la existencia del Estado y de toda la estructura que él mismo implica en todos los órdenes, cuestión ésta que se encuentra recogida en el número 9 del artículo en comento, que explica que el deber prioritario del Estado es el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en el Código Político.

Es importante mirar que, lo que se manda a investigar no es precisamente a los actores de los hechos, lo que se investiga para la

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

posible determinación de responsabilidades son hechos, de la relación de los mismos, de ser el caso se producirá una causa que con mucha seguridad encajará dentro del marco normativo o de los principios jurídicos, lo que constituirá, como vimos con anterioridad, el nexo causal; esto es, que debe existir norma jurídica con fuerza material de ley que señale de modo pertinente que hechos realizados por un agente público, son susceptibles de una sanción, de tal guisa que, dichos hechos sean precisamente los ejecutados y que impliquen una sanción predeterminada en la norma. Debe tenerse presente que, la norma jurídica es abstracta, por tanto señala cuestiones de orden lato y general, a la que pueden asimilarse todos los casos que se produzcan en simimilares condiciones y circunstancias. La investigación debe realizarse desde luego, con total apego a los principios expresados en la normativa jurídica vigente y esencialmente en la Constitución, pues al salirse de su marco, se atentaría al ordenamiento vigente y estaríamos entrando a cuestiones que pueden devenir en efectos de anulabilidad o nulidad del acto sancionador. Por tanto las normas constitucionales de modo esencial fijan principios a los que debe sujetarse todo proceso en el que se estima se han afectado derechos, precisamente para garantizar los mismos o para evitar que se los perturbe.

Con mucha razón afirma Edgar Neira (2004) que *“estos principios fundamentan la organización administrativa ecuatoriana y fijan mandatos vinculantes a los que la legislación secundaria deberá sujetarse para la regulación de las relaciones de derecho administrativo”*. (p. 90).

Es decir que todos los derechos que componen el derecho fundamental a la defensa constantes en la Constitución y los Tratados Internacionales, son completamente aplicables sin exclusión ni condición alguna al procedimiento administrativo sancionador.

Siguiendo este razonamiento, el debido proceso envuelve el derecho de todo ciudadano a ser oído en condiciones de igualdad por

una autoridad imparcial ante quien deben evacuarse los cargos imputados de acuerdo a derecho.

De modo muy adecuado el tratadista colombiano William Parra manifiesta que:

Por debido proceso se entiende la garantía constitucional que tienen toda persona a ser oída ante la jurisdicción correspondiente y el juez competente, con el lleno de las formalidades propias de cada proceso, a ser tenido como inocente en desarrollo de la presunción de inocencia, hasta que no sea desvirtuada, a ejercer el derecho de defensa, a solicitar la práctica de pruebas y a poder controvertirlas, e impugnar las providencias que sean susceptibles de recursos”. (William René Parra, 2001, p. 54).

La Procuraduría General del Estado, en respeto a la garantía fundamental del debido proceso, en su resolución de 24 de Noviembre de 2004, en base a la siguiente consulta manifestó:

¿Cuál es el trámite que debe seguirse para imponer sanciones administrativas a un servidor que ha incurrido en actos contrarios a la ley?

PRONUNCIAMIENTO:

La ley no establece el procedimiento a seguir para el sumario administrativo, el mismo que deberá estar previsto en el Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que conforme a lo dispuesto en la disposición final segunda ibídem y Art. 171 número 5 de la Constitución Política, debe dictar el señor Presidente de la República.

Al existir falta de una disposición que regule expresamente el procedimiento para tramitar el sumario administrativo; y, hasta que se expida el Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se deberá aplicar el principio constitucional consagrado en el artículo 24 número 10 de la Carta Política, que determina que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento.

En consecuencia, la Unidad de Recursos Humanos de la entidad a su cargo, debe adoptar el procedimiento de juzgamiento pertinente, que le permita al servidor hacer uso de su derecho de defensa.

Es decir que dicha garantía es la norma fundamental que debe reglamentar todo proceso, en especial el sancionador y sus principios suplen la falta de norma en el caso concreto.

El mismo autor colombiano enseña que:

“el debido proceso es aquel que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material”.

Más tarde señala como componentes del debido proceso los siguientes:

“1. El derecho a la jurisdicción que a su vez implica:

- n) El derecho de libre e igualitario acceso a los jueces;
- o) El derecho a obtener de la Rama Judicial del poder público decisiones motivadas,
- p) El derecho a impugnar las decisiones judiciales antes autoridades de jerarquía superior;
- q) El derecho al cumplimiento de lo decidido en el fallo.

2. El derecho al juez natural, identificado éste con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer la jurisdicción en determinado proceso, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecido por el legislador entre los miembros de la judicatura.

El derecho al juez natural excluye todo procesamiento por autoridad distinta jurídicamente facultada por la Constitución o por la ley para administrar justicia en el caso concreto.

3. El derecho a la defensa judicial, entendida como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para hacerse oír y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte:

- a) El derecho al tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa,
- b) El derecho a la asistencia letrada,
- c) El derecho a la igualdad ante la ley procesal,
- d) El derecho a la buena fe y la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. (...).

4) El derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. (...).

5) El derecho a la independencia del juez, que sólo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo, conforme a los postulados clásicos de la concepción liberal”. (William René Parra, 2001, p. 62).

Luego de esta completa alusión al derecho de debido proceso tomado del jurista William Parra (2001), es necesario anotar que, el debido proceso "*due process of law*", institución nacida con la Carta Magna, en el reinado del rey Juan sin tierra en Inglaterra, nos lleva a que todo ciudadano debe tener un conjunto de garantías mínimas, que le permita que el resultado de la resolución o sentencia, según el caso sea justo, pero de entre todas esas garantías, siempre destaco que es esencial la de ser oído, y el ser oído no sólo que es ser escuchado por sordos oídos, sino que sus dichos realmente sean tomados en consideración, bajo reflexiones fundamentadas, racionales, sesudas y jurídicas. Dentro de las garantías constitucionales que conforman el debido proceso, se encuentra la obligación por parte la autoridad administrativa y judicial a garantizar el cumplimiento del principio de juridicidad; la institución jurídica del debido proceso, por tanto, no es otra cosa que el cúmulo de garantías que en el transcurso de la historia han ido tomando cuerpo y forma, a efecto de que las personas puedan hacer efectiva su defensa en cualquier situación o circunstancia; de tal manera que el derecho a que estimo debo tener acceso, no sólo que esté declarado, sino que el mismo pueda ser materialmente efectivado o materializado, como por ejemplo la obligación de la autoridad de oír a las dos partes o a las partes en el proceso, incluso a los terceros interesados, que en un momento pueden resultar ser afectados en sus derechos, sin que ni siquiera hayan podido por medio alguno ser escuchados. El debido proceso, va muy ligado a la resolución administrativa o a la sentencia, que es donde la autoridad o el juez en su caso, debe motivar las razones de su resolución o sentencia y del cumplimiento de todas y cada una de las garantías procesales; de lo que podemos inferir que, el debido proceso es una institución jurídica que permite a toda persona tener acceso a garantías suficientes, para que en el estado y condición en el que se encuentre pueda tener una defensa tanto vía administrativa como judicial, acorde con el principio de juridicidad, revisado por nosotros en líneas anteriores, con lo cual se asegura a todo ciudadano la vertical aplicación del

derecho en su conjunto y se evita la violación o transgresión a la sustancia de la norma jurídica o a su procedimiento de aplicación, tanto en la vía administrativa como judicial. Si el debido proceso no tiene cumplida aplicación y efectivación, el acto, resolución o sentencia que se emita, no tiene ninguna validez y su incuria debe ser impugnada, en su tiempo, ante los órganos de Control Constitucional, en nuestro ordenamiento ante la Corte Constitucional, a través de la acción extraordinaria de protección, que ataca la no observación a las garantías del debido proceso, así como la afectación a los derechos garantizados a los ciudadanos en el Código Político.

De otra parte, la garantía del debido proceso, como lo explico, debe constar de la motivación del acto, resolución o sentencia que expida el administrador público o el juez, según el caso y con mucha mayor notoriedad y evidencia de la misma, en su actuación y antes de emitir dicho pronunciamiento, deberá cuidar que las garantías del procedimiento para cada una de sus actuaciones se hayan cumplido a cabalidad, con lo que el uso de su poder se ve inmerso en las limitaciones que otorga la norma, sea constitucional o legal, por lo que reitero, el debido proceso, no es sino el conjunto de principios, tales como el de juridicidad (en tiempos anteriores de legalidad); el de que el sujeto al que se le imputa algún hecho o se le afecta cualquier derecho, esté bajo la competencia de la autoridad que realmente corresponda o al juez de la materia, de su status, territorio, grado y en la oportunidad debida; sin dejar de mirar el sentido de la norma "*in dubio pro reo*", el derecho a ser escuchado y antes de que hable o exponga su verdad, a contar con quién le defienda dentro del ámbito de la especialidad del acto, hecho u acción que haya cometido o que pueda afectar a sus derechos; por esta razón y por la gran afectación a la libertad y al patrimonio de un individuo, es que, este derecho, el del debido proceso es fundamental y de obligatorio cumplimiento en las actuaciones tanto administrativas como judiciales, no de otra manera entiendo que los ciudadanos puedan tener acceso a

su defensa, por eso reitero el respeto a todo lo que involucra el principio de juridicidad visto en el capítulo primero de este texto; el acatamiento de la doctrina, jurisprudencia, normas éticas, valores y normas legales, garantiza que el ciudadano pueda vivir en un marco de seguridad jurídica.

Además de la seguridad jurídica que se busca en las actuaciones de la autoridad, también en ellas se debe encontrar un halo de justicia y equidad, por tanto no se debe mirar que sólo se cumplan las reglas en su forma, sino en su contenido, por lo que, nuestro caso, se debe los principios procesales que dicta la norma madre, tales como el derecho a ser oído, la debida notificación, la publicidad, la inmediatez, para de esta manera garantizar que el ciudadano jamás caiga en indefensión, con lo que se está asegurando que el derecho que se trata de proteger quede incólume.

Ahora me parece de capital importancia, detenernos brevemente a analizar el derecho de motivación y en especial al principio *reformatio in pejus*, contemplado en el tantas veces aludido artículo 77 del La Ley fundamental:

Artículo 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

(...)

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Resulta imperativo referirnos a la “prohibición de reforma peyorativa” que se la elevó como garantía constitucional en la Carta Política de 1998, a la luz de cuyo mandato ningún órgano administrativo “podrá empeorar la situación inicial del administrado reclamante o agravar la sanción de quien presentó el recurso”. (Edgar Neira, Las normas de la Constitución Política de 1998 y el procedimiento administrativo común, 2004, p. 117); se debe te-

ner presente que, dicho principio a la actualidad se aplica tan solo al proceso penal, a ese respecto hemos de entender y así aplicar en beneficio del ciudadano, que el principio es trascendente también a las sanciones de orden administrativo disciplinario, así como a las de orden civil.

Con la expedición de la Ley de Equidad Tributaria³⁰, producción legislativa paradigmática de la Asamblea Nacional Constituyente, se soslaya dicha garantía. El artículo sexto del mentado cuerpo legal que reformó el artículo 131 del Código Tributario contiene la violación a dicho principio:

Art. 6.- Sustitúyase el Art. 131 por el siguiente:

Art. 131.- Determinación complementaria.- Cuando de la tramitación de la petición o reclamo se advierta la existencia de hechos no considerados en la determinación del tributo que lo motiva, o cuando los hechos considerados fueren incompletos o inexactos, la autoridad administrativa dispondrá la suspensión del trámite y la práctica de un proceso de verificación o determinación complementario, disponiendo se emita la correspondiente Orden de Determinación. (...).

No obstante el Tribunal Constitucional, pese a que es el órgano máximo del control de la constitucionalidad que tiene como finalidad última resguardar el principio de regularidad del ordenamiento jurídico positivo del que La Constitución es condición de validez y unidad, se declaró incompetente para conocer las resoluciones de la Asamblea Nacional Constituyente, y en consecuencia declinó su deber y su razón de ser, fundada en la defensa de la constitucionalidad.

³⁰ Decreto legislativo sin número, publicado en el suplemento de Registro Oficial 242 de 19 de diciembre de 2007.

En referencia a este principio, con propiedad afirma Edgar Neira que “resultaría contrario al derecho de defensa de los administrados, que la interposición de un reclamo o la presentación de un recurso contribuya a empeorar su situación inicial, pues de otro modo los particulares se abstendrían de impugnar actos administrativos. Sin la prohibición de la reforma peyorativa, el derecho constitucional de defensa de los administrados devendría ineficaz, y desalentaría cualquier forma de impugnación porque ellos estarían intimidados a correr riesgos” (Edgar Neira, 2004, p. 117).

Sin duda alguna la norma tributaria precitada constituye una prueba categórica del menoscabo del derecho de defensa, señalando apropiadamente por Edgar Neira.

Medidas sancionatorias administrativas

En el ámbito administrativo el contenido que predomina en el campo sancionador es disciplinario, si no hay disciplina y respeto, la organización sucumbe, eso como hemos visto se puede dar sólo a través de marcos normativos, pero los mismos no tendrían valor alguno si no van acompañados de la respectiva sanción de orden disciplinario administrativo; ahora vuelvo y reitero que, la responsabilidad disciplinaria establecida sobre un hecho, no obsta que este mismo hecho sirva de base o fundamento, para que de él pueda dimanar responsabilidades en otros órdenes, por ello es que siempre se señala que la responsabilidad administrativa disciplinaria, se determina no obstante o sin perjuicio de la que en el orden civil o penal pudiese ocurrir. Amén de ello no sólo se incurre en responsabilidad extracontractual, cuando se es funcionario o servidor público, sino también cuando se está brindando servicios por delegación del estado, esto es cuando se produce administración indirecta. Sobre la sanción administrativa, el tratadista William René Parra (2001) sintetiza:

Que se importe dentro del régimen de derecho administrativo, ya sea en el plano del derecho tributario o en de los

contratos estatales, o en el marco de la disciplina a los funcionarios o servidores oficiales, o en el derecho civil, como sanción cuando la propiedad no presta una función social permitiendo la extinción del dominio como sanción administrativa. (William Parra, Derecho Administrativo Disciplinario, 2001, p. 51).

Dromi vincula la imposición de sanciones administrativas al poder de policía de la Administración, señalando que la facultad administrativa de sancionar se sirve de los principios elaborados en el Derecho Penal. (Dromi, 2006, Derecho Administrativo, pg. 940).

El mentado autor (2006) señala que las sanciones administrativas consisten en “arresto, multa, clausura, comiso inhabilitación, suspensión registral, exclusión del mercado, indemnización, restitución, reposición o recomposición”, las cuales define a continuación: (p. 940).

“Arresto: El arresto es la pena más grave ante una contravención y consiste en la privación de la libertad. Por ello, cuando se trate de la sanción aplicable por la realización de una falta a una norma de policía debe ser de breve duración. No puede confundirse al infractor con un delincuente”.

Sobre esta sanción administrativa cabe referirnos brevemente, pues García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004) discrepan enérgicamente con su vigencia cuya aplicación inicialmente se fundó *“en la técnica de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de las penas de multa, técnica que regulaba el artículo 91 del anterior CP. (...) Bien se comprende que esto no es, sino la muestra extrema del fenómeno de expansión degenerativa de la potestad sancionatoria de la Administración, sin paralelo en otros derechos occidentales. Ha tenido que ser la Constitución la que ha cortado ese*

camino mediante un precepto explícito, el artículo 25.3: La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad. El criterio es rotundo y su justificación más que obvia como exigencia elemental de la libertad personal y de su garantía judicial, exclusiva y plenaria". (Tomo II, 2004, p. 196).

Esta medida disciplinaria que aún se sigue manteniendo en las leyes de personal de la fuerza pública, devienen en inconstitucionales, pues a no dudarlo están atentando contra el sagrado derecho a la libertad, que está catalogado dentro de nuestro Código Político, al referirse al Sistema de Rehabilitación, como un derecho que se lo puede perder tan sólo cuando exista sentencia ejecutoriada, conforme lo prescrito en la parte in limine del artículo 23, número 1³¹. En consonancia con el sistema español nuestra Constitución de la República en su artículo 66, número 29, letra c)³² prohíbe expresamente la prisión o arresto por deudas salvo en el caso de pensiones alimenticias. Por tanto, dentro del Ecuador nos inscribimos dentro de un sistema democrática con plenitud de libertad de las personas, de su garantía judicial y además de que los jueces estén llamados a hacer respetar dicha garantía.

Volviendo a la clasificación de Dromi (2006) se señalan las siguientes sanciones:

“Multa: Es la sanción pecuniaria que cabe a las personas físicas o jurídicas ante la infracción a una ley de policía. Podemos mencionar las multas aplicables por las transgresiones a la normativa de tránsito, a las normas de seguridad e higiene, entre otras.

³¹ Art. 203.- El sistema se regirá por las siguientes directrices:

1. Únicamente las personas sancionadas con penas de privación de libertad, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán internas en los centros de rehabilitación social.

³² Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

29. Los derechos de libertad también incluyen:

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

Igual ocurre en nuestro sistema jurídico, la administración de policía, esto es aquella que impone sanciones a la afectación de las libertades y actuaciones de los demás, en beneficio colectivo, también se imponen multas, que se emiten a las contravenciones a la ley. Las faltas menores del servidor público, son de modo general materia de sanción pecuniaria, la indolencia frente al aseo o salubridad en desmedro de la salud pública o también la transgresión de las ordenanzas urbanísticas de orden municipal.

Ley Orgánica de Servicio Civil Carrera Administrativa, Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores del Sector Público:

Art. 35.- Faltas de horas o fracciones de hora.- Cuando la falta de asistencia fuere de horas o de fracciones de hora, el jefe de la oficina o departamento solicitará a la unidad de administración de recursos humanos la imposición al servidor ausente de una multa igual a la fracción de la remuneración que corresponda al tiempo de la falta, más el cincuenta por ciento, computando para el efecto, cada día de trabajo como de ocho horas efectivas.

Ley Orgánica de Régimen Municipal:

Art. 146.- *En materia de planeamiento y urbanismo a la administración municipal le compete:*

(...)

m) Vigilar la estabilidad de los edificios y conminar a la demolición por medio de multas, cuando según informe de peritos amenace ruina.

En caso de peligro inminente, tomará las precauciones que convengan por cuenta del dueño y acudirá al comisario municipal para que, previa resolución administrativa, ordene la demolición.

Clausura: La clausura, que es la sanción que recae sobre el espacio físico en donde se ejerce la actividad que motiva la pena, puede ser definitiva o temporal, dando lugar a la cesación en el ejercicio de la acción en el primer caso o a su suspensión, mientras dura el período del segundo (...).

Al respecto de clausura, que no es sino el cierre del local donde se viene desarrollando la actividad, que la autoridad va a disponer que no tenga efecto, transcribo a continuación para la mayor inteligencia del lector norma alusiva al tema de la Ley de Medicamentos Genéricos de uso Humano:

Art. 25. *Serán sancionados con prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) dólares de los Estados Unidos, los representantes o administradores de establecimientos farmacéuticos, laboratorios nacionales y extranjeros, proveedores de medicinas, tanto de marca como genéricos; que elevaren el precio de venta sobre los precios oficialmente fijados y el margen de utilidad establecido por el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de uso Humano. El Director General de Salud exigirá el cumplimiento de los precios oficiales de venta al público y hará pública su resolución, a costa de los infractores. En caso de reincidencia, la multa será el doble de la que le hubiere sido impuesta la primera vez y la clausura definitiva del establecimiento que hubieren motivado el alza o la suspensión del permiso de importación en su caso.*

Art. 26. *Serán sancionados con multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) dólares de los Estados Unidos, quienes incumplieren lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de esta ley. En caso de reincidencia la multa será el doble de la que le hubiere sido impuesta la primera vez y si es por tercera vez, la clausura del local farmacéutico.*

Quiero que tengan presente el ejemplo, no sólo mirar en qué consiste la clausura como sanción administrativa, sino que tomen

conciencia que como hemos visto, por el mismo hecho da lugar a distintos tipos de responsabilidad y que cada una de ellas tiene efecto sin perjuicio de la otra. Por tanto si se contraviene la norma, la clausura no es sino el efecto de dicha infracción.

Comiso: Este tipo de sanción se aplica generalmente en forma accesoria a otro tipo de condena y consiste en la destrucción del objeto con el que se ha llevado a cabo la infracción; v.gr. el comiso de mercaderías ingresadas al país sin respetar la normativa aduanera o el comiso de la mercadería ofrecida al público en mal estado. No debe confundirse esta sanción de tipo administrativa con la confiscación, que tiene prohibición constitucional (*Art. 17, in fine, CN*)³³.

Esta es una sanción o si se puede denominar acto de gravamen, que se impone administrativamente cuando se ha producido alguna infracción que atente a la salud, herario, seguridad, atentado contra el medio ambiente o la paz pública; como son alimentos con fecha de expiración caducada o en mal estado y por tanto impropios para el consumo, o cuando se da el consabido contrabando de bienes y por tanto se elude el pago de tributos de aduana o en otros casos cuando se tiene armamento o relacionados que no pueden ser usados sino por personas calificadas o con licencia para ello, o cuando se vaya en contra de la naturaleza en zonas protegidas, tales como bosques, playas y en general áreas naturales protegidas, a continuación, para la mejor ilustración me permito transcribir algunas de dichas normas:

³³ Idénticamente nuestra Carta Política prohíbe la confiscación en su artículo 33:

Art. 33.- Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre:

Art. 78. Quien pade, tale, descortece, destruya, altere, transforme, adquiera, transporte, comercialice, o utilice los bosques de áreas de mangle, los productos forestales o de vida silvestre o productos forestales diferentes de la madera, provenientes de bosques de propiedad estatal o privada, o destruya, altere, transforme, adquiera, capture, extraiga, transporte, comercialice o utilice especies bioacuáticas o terrestres pertenecientes a áreas naturales protegidas, sin el correspondiente contrato, licencia o autorización de aprovechamiento a que estuviera legalmente obligado, o que, teniéndolos, se exceda de lo autorizado, será sancionado con multas equivalentes al valor de uno a diez salarios mínimos vitales generales y el decomiso de los productos, semovientes, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados en estas acciones en los términos del Art. 65 del Código Penal y de la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable para la Provincia de Galápagos, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Si la tala, quema o acción destructiva, se efectuare en lugar de vegetación escasa o de ecosistemas altamente lesionables, tales como manglares y otros determinados en la Ley y reglamentos; o si ésta altera el régimen climático, provoca erosión, o propensión a desastres, se sancionará con una multa equivalente al cien por ciento del valor de la restauración del área talada o destruida.

Art. 82. Quien transporte madera, productos forestales diferentes de la madera y productos de la vida silvestre, sin sujetarse a las normas de movilización establecidas en esta Ley y el reglamento, será sancionado con multa equivalente

de uno a cinco salarios mínimos vitales generales y el decomiso del producto.

He transcrito el artículo 82, para que se detengan a mirar el mal uso de la técnica jurídica, puesto que no se está decomisando nada, como puede hablarse de decomiso de algo que le pertenece al mismo Estado, decomisar es limitar la propiedad del particular en beneficio del bien colectivo, en el presente caso dicha figura no se da, por tanto mal se puede hablar de decomiso.

Inhabilitación: También es una pena que se aplica en general en forma accesoria y que consiste en la prohibición de determinados derechos por el retiro de la autorización previamente otorgada para ello. La inhabilitación puede ser permanente o temporaria según la gravedad que se sanciona. Podemos citar la inhabilitación para conducir en caso de transgresiones de tránsito reiteradas o la inhabilitación en la matrícula profesional que aplican los colegios o consejos profesionales (...).

Suspensión registral: La suspensión es la sanción administrativa por la que se paralizan o interrumpen los efectos de una relación jurídica. La suspensión de la inscripción de un registro público especial, por inobservancia de los deberes legales impuestos a esa actividad, en los supuestos en que la ley exige dicha inscripción como requisito previo para el ejercicio de la actividad que se trate, implica que el sancionado se vea impedido de ejercerla durante el lapso que dure la suspensión (...).

Exclusión del mercado: Esta sanción se aplica cuando se verifica la comisión de una práctica constitutiva de abuso de posición dominante en el mercado, o cuando se constata que se ha adquirido o consolidado una posición mo-

nopólica u oligopólica de violación de las disposiciones de la ley de Defensa de la Competencia.

Desde luego que la sanción administrativa constante en la exclusión del mercado no se aplica en nuestro ordenamiento jurídico por la inexistencia de una ley interna de defensa de la competencia, cuya expedición ha sido múltiples veces torpedeada y en consecuencia los numerosos proyectos legislativos en relación a la materia duermen el sueño de los justos en los archivos del Congreso Nacional.

Indemnización: Es una sanción resarcitoria que obliga a la reparación del daño causado por la falta que se lleva a cabo contraviniendo la regulación que rige la materia (...).

Restitución, reposición, recomposición: Consiste en la obligación de restablecer o poner una cosa en el estado en que se encontraban con anterioridad al acaecimiento del hecho dañoso, ya sea mediante la devolución del existente, la adquisición de un nuevo ejemplar o la reparación de lo dañado³⁴.

En este punto cabe mencionar que en consonancia con el artículo 11.9 de la norma fundamental, la cual prescribe la obligación de las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, de “reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos”, el artículo 212 del mismo cuerpo normativo dispone que la Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determi-

³⁴ En nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad de las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios se encuentra prescrita en el artículo 11.9 de la Carta Política, transcrito en pie de página anterior.

nar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal (...)”³⁵.

De igual manera la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa regula el régimen disciplinario de los servidores públicos. Por la dispersión normativa imperante en el sistema administrativo son múltiples las entidades investidas de potestades sancionadoras, léase Superintendencias, Entes Seccionales Autónomos, Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social etc.; reguladas por sus leyes especiales.

Es necesario considerar que dentro de dicho régimen, el Derecho Sancionador, impone mirar las reglas y principios que la juricidad otorga, siendo el esencial aquel que hace relación al debido proceso y a la debida motivación del acto que impone una sanción, por tanto la sanción será nula si no se mira y de cerca que el procedimiento esté ceñido al orden jurídico imperante, en este caso se deberá realizar al menos si se trata de suspensión de funciones o de destitución, de un sumario administrativo, en el que el servidor esté previa y debidamente avisado de los hechos que se investigan, deberá tener un tiempo sumario sí, pero prudencial, para que pueda asumir la defensa de sus derechos e intereses, antes de actuar en la diligencia de audiencia, deberá estar correctamente asesorado por un especialista en los hechos que se investigan, nótese que siempre menciono hechos que se investigan, en la determinación de responsabilidades se investigan situaciones jurídicas y por tanto mal se hace por parte de las Unidades de Administración de Recursos Humanos, el asesorar al superior diciendo que se inicia un sumario o audiencia “en contra” del servidor, se deben actuar todas las pruebas y debe primar en un

³⁵ Art. 212 del Código Político Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: (...) 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

Estado Social de Derecho el sentido de equidad y justicia, el sentido del servicio o prestación atendida por el funcionario, que es en último de los casos lo que importa, sin dejar de mirar el respeto y la disciplina que éste debe guardar en los actos de la función. Por fin la resolución que se expida, debe estar motivada en tal forma que el servidor, sea que la resolución le afecte o no, sepa las razones que se arguyen para los efectos de su posterior defensa o de que motivos se tiene respecto de sus actuaciones para mejorar el servicio que presta a la colectividad.

Finalmente, debe dejarse zanjada la discusión suscitada en torno a la correcta conceptualización de la sanción administrativa dada su estrecha relación con las actividades derivadas del poder de policía de la Administración Pública.

En ese sentido, María Lourdes Ramírez Torrado (2007), auxiliándose en múltiples propuestas de definición de sanción administrativa sugeridas por prestigiosos doctrinarios destaca tres elementos comunes a su concepto:

(...) la carga que se le impone al individuo; el gravamen que debe ser consecuencia de una conducta lesiva a un bien jurídico protegido en una infracción administrativa y el poder que ostenta las autoridades administrativas para imponerla, de acuerdo con las normas y principios que rigen la actividad sancionadora. (p. 275).

En sujeción a las argumentaciones de la autora (2007) en relación al tema que nos ocupa es altamente relevante dejar absolutamente sentado que el carácter represivo que en determinadas actividades ostente la actuación administrativa *"no puede ser mal entendido en el sentido que toda actividad que ocasione una carga al administrado es una sanción"*. (p. 277).

Sobre este tema la misma autora profundiza:

De manera que muchas de las medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades administrativas implican una carga para el individuo, pero ello no es un indicador de que se trate del ejercicio del poder punitivo sobre él. Como lo explica Nieto García, en el ordenamiento jurídico existen diversas consecuencias jurídicas muy similares a la sanción administrativa, que se rigen por diversos regímenes jurídicos; es el caso de las multas coercitivas, la responsabilidad civil, medidas provisionales, medidas que afectan la eficacia de los títulos jurídicos otorgados por la misma Administración. En palabras del Tribunal Supremo:

En las dos medidas de suspensión o paralización de las obras y en la reposición restauración de la finca a su estado anterior, (...) no tienen naturaleza de sanción y, en consecuencia, es indiferente que sean reiteradas por una u otra Administración, pues su índole de medidas de defensa y garantía de la legalidad consienten e incluso hacen deseable tal reforzamiento del mantenimiento de dicha legalidad. (p. 278).

Es indispensable evidenciar criterios disonantes en torno a este tema a fin de dilucidar la real naturaleza de la sanción administrativa. Como podemos apreciar, la precitada autora defiende con vehemencia que una consecuencia negativa impuesta a un administrado como las previamente referidas “no implica que todas las instituciones jurídicas que tengan resultados no deseados por los administrados sean sanciones administrativas” y por consiguiente deba sustraerse estas conductas al señorío de los principios constitucionales que rigen el procedimiento administrativo sancionador, pues es nuestro criterio que, las garantías fundamentales que lo regulan deben aplicarse de modo irrestricto en toda actuación de autoridad pública que afecte los derechos del administrado, independientemente que en un procedimiento administrativo, se ejerza el ius puniendi del Estado.



POTESTAD SANCIONADORA

Funciones del poder judicial



Delegadas por el Poder Legislativo



A la Administración

Potestad Sancionatoria



los puniendi del Estado

Limitada por los principios de:

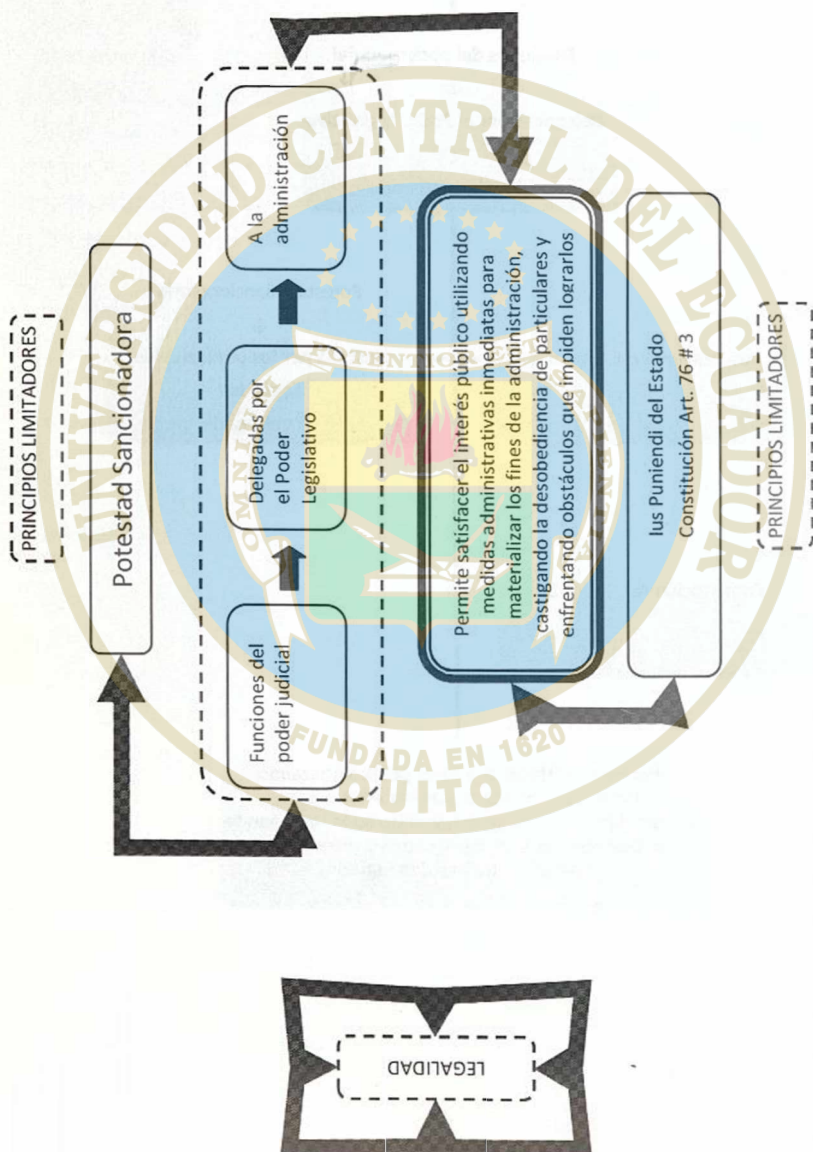
Legalidad

Juridicidad

Constitución Art. 76.- # 3.

Permite satisfacer el interés público utilizando medidas administrativas inmediatas para materializar los fines de la Administración, castigando la desobediencia de particulares y enfrentando obstáculos que impiden lograrlos.

JURIDICIDAD





PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Principio fundamental da origen Poder sancionatorio Administrativo → se expresa → *nullum crimen, nulla poena sine lege*

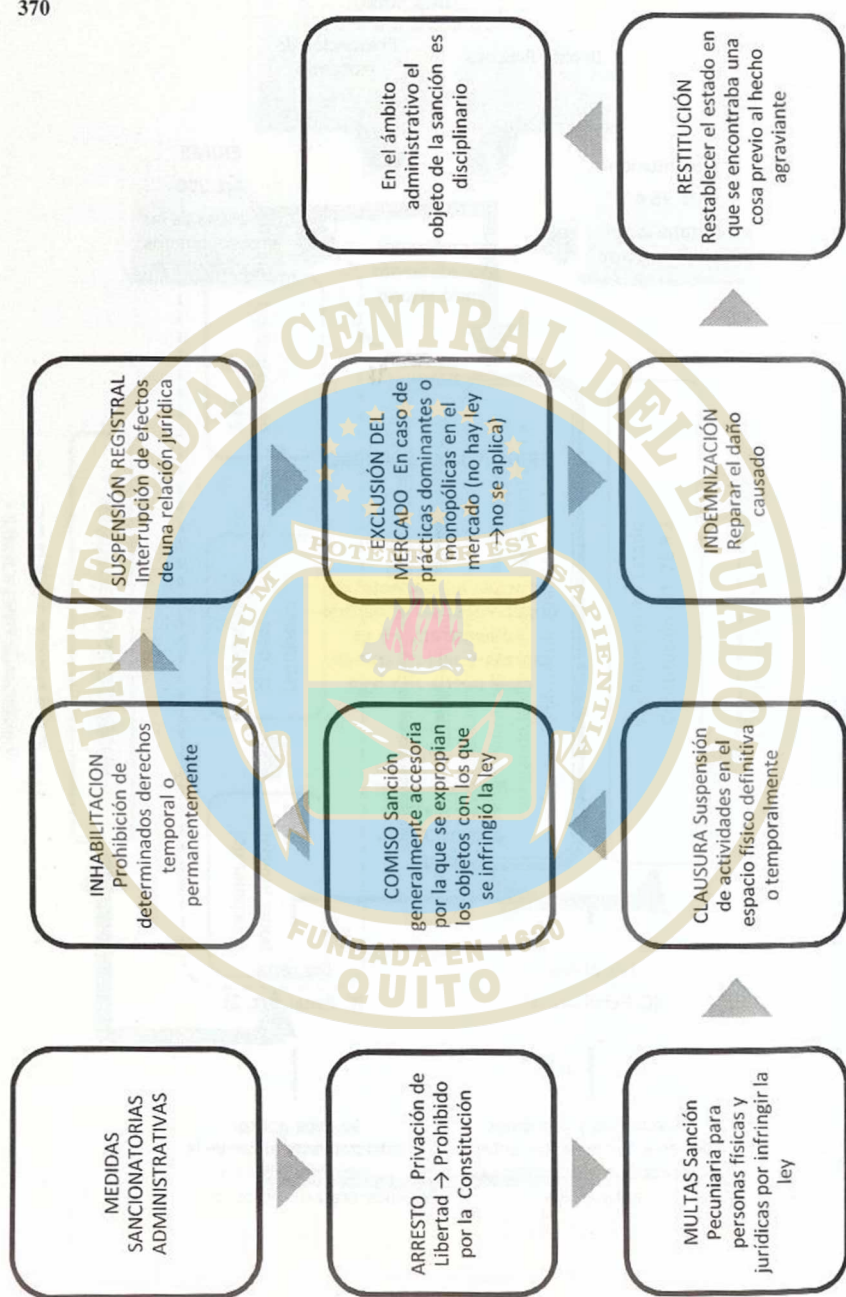
Regula el poder sancionatorio administrativo

Lex previa
(C. Penal Art. 4)

Lex certa
(C. Penal. Art. 2)

Infracciones y sanciones deben estar previstas antes de producirse la conducta antijurídica

Se debe aplicar estrictamente al pie de la letra la norma sin interpretación extensiva



II. LAS FORMAS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Lección 10: Las formas de la acción administrativa. La actividad de limitación o de policía y sus principales manifestaciones. Estudio especial de la autorización administrativa. La actividad de prestación administrativa: el servicio público. Formas de gestión de los servicios públicos; en particular, la concesión de servicio público. La actividad de fomento: estudio de las principales técnicas. La gestión industrial o económica de la Administración: presupuestos constitucionales y organización administrativa. La planificación administrativa: naturaleza y efectos.

El tratadista Manuel María Díez (1965) manifiesta con mucha claridad que, el término “policía” *“en su contexto y contenido, hace siempre referencia al poder público”*. (Tomo V, p. 18). La actividad de policía en el entorno jurídico de la Administración Pública, debe ser vista como la limitación coactiva que impone la autoridad competente, a las libertades individuales de los ciudadanos en beneficio de la colectividad, estas restricciones que de suyo van en favor del ser social y sin lugar a dudas que menoscaban la capacidad o libertad del individuo en su autonomía de voluntad. La actuación de policía, ha sufrido a lo largo del tiempo un incesante cambio o transformación, debido de modo esencial al cambio de las conductas de los pueblos, evidentemente gracias a las limitaciones que siempre se han dado, tanto para el poder público como para la capacidad de actuar de los ciudadanos.

Este concepto se encuentra estrechamente vinculado con el ámbito de acción de la administración pública en el desenvolvimiento cotidiano del poder público. La actividad de policía, va de la mano con el Derecho Sancionatorio, no se puede concebir una limitación a las libertades sin una sanción, para que dicha restricción a la autonomía de voluntad de las personas sea respetada.

Ahora bien, la actividad de policía, en el tiempo ha sufrido cambios, debido a la incesante búsqueda de la realización del bien común y que la afectación compulsiva a los derechos subjetivos de las personas, en los distintos tiempos han debido adecuarse a la relación de la autoridad con el ser social. Este dinamismo inmanente a la actividad administrativa conlleva a la transformación constante de su "vocablo". Bien afirma el aludido tratadista (1965) que "habrá que considerar en esta evolución histórica el matiz particular que ofrezca en cada período la relación poder-sociedad y además la indagación de los datos históricos en que se plasma esta relación para determinar las actuaciones estatales que reciben el nombre de policía en cada época". (Tomo V, p. 18).

Es decir, la evolución del concepto de policía viene impulsada por el papel conferido a la actividad administrativa a través de los tiempos. Por ejemplo, difiere profundamente el alcance designado al término policía en el Estado-ciudad respecto al señalado en la época del Estado-administración, o en el Estado liberal, o en el Estado Social de Derecho, a la luz de las tendencias ideológicas imperantes en cada período. En la actualidad la presencia de la actividad administrativa en especial en lo atinente al servicio público, es masiva. A criterio de Manuel María Díez (1965), *"la actividad administrativa se concreta en una trilogía sistemática: policía, fomento, servicio público. Ella constituye un esquema histórico en el sentido que la administración ha usado, en cada período con más importancia que los otros, uno de los tres modos de acción administrativa. Así se afirma que en el Estado policía utiliza a la policía. En el Estado liberal, el fomento. Y en el Estado administrativo, el servicio público. Ello no quiere decir, sin embargo, que esta actividad del servicio público, aunque resulte principal, excluya a las dos otras formas que se dan conjuntamente con ella"*. (Tomo V, p. 25).

En este escenario, se aprecia que "la policía del Estado se manifiesta a través de las actividades de los distintos órganos que forman parte del mismo (...)". En palabras del mismo autor, la no-

ción de policía administrativa se basa en el Estado liberal *“en la idea de un conjunto de medidas administrativas que imponen limitaciones a las libertades individuales con el objeto de asegurar el orden público”*. (Manuel María Díez, Tomo V, p. 28).

De manera que, la policía administrativa se expresa a través de una actividad material orientada al control de los administrados a través de la limitación del ejercicio de sus actuaciones particulares siempre en miras del interés general. De tal manera que, la actividad de policía no se circunscribe exclusivamente al control del orden público, pues la limitación a las actividades de los particulares, sino por ejemplo, también abarca la exigencia de obtención de permisos para ejercer una actividad económica, por tanto, rebasa ampliamente el aludido ámbito de la seguridad pública y se ejerce la actividad de la Policía Administrativa, en los más amplios sectores de la vida en sociedad, léase comercio, industria, urbanismo, sanidad, etc. etc., en los cuales interviene de modo protagónico la Administración Pública. Por consiguiente, la actividad de policía no puede ser mirada únicamente desde una perspectiva de prohibición y coacción administrativa, pues envuelve en algunos casos obligaciones de hacer: *“por ejemplo, la obligación de vacunarse, de exponer al público listas de precios de comercios, etc.”*. (Manuel María Díez, Tomo V, p. 34).

Volviendo sobre el respetado criterio de Manuel María Díez (1965), la actividad administrativa de policía:

“implica la atribución de un *minus* a la situación jurídica de un particular contrariamente al fomento, que implican en todo caso la atribución de un *plus*” y se la concibe “como una actividad administrativa de limitación, por medio de la cual se controla el ejercicio de los derechos individuales de propiedad y de libertad, a los efectos de adecuarlos a las exigencias de interés general. De esta noción conceptual surgen cuatro elementos: a) Una actividad administrativa;

- b) Una actividad de limitación; c) Un control administrativo de los derechos individuales de propiedad y libertad; d) Una adecuación del ejercicio de esos derechos a las exigencias de interés general”.

El mismo autor define cada uno de sus elementos, los cuales transcribimos a continuación:

- a) Actividad administrativa: La administración es un hacer, un obrar, y la actividad de policía administrativa es una técnica de obrar. (...) La fuente principal es la ley, que es un medio de acción administrativo, aunque desprovisto del elemento de intervención directa que define la actividad propiamente administrativa. (...) La intervención administrativa que se produce como consecuencia de una norma general será policía.
- b) La actividad administrativa debe ser de limitación. Allí radica el carácter peculiar de la actividad de policía desde el punto de vista de su distinción con otras formas de injerencia estatal. Significa que la iniciativa individual recibe un cercenamiento cuya medida está en relación con la intensidad de la técnica utilizada. (...) Esta atribución de un *minus* se produce por la efectiva limitación de los derechos del particular, que supone la inserción en el desarrollo de éstos de un requisito de revisión administrativa condicionante de su eficacia; por ejemplo el requerimiento de una autorización administrativa. (...) Tales límites pueden ser positivos como negativos. (Ejemplo de límite negativo: Prohibición de abrir una farmacia sin obtener previamente un permiso de la autoridad administrativa, esa norma sanciona un límite negativo de la libertad individual; Ejemplo de

límite positivo: La norma jurídica que imponía la prestación del servicio militar).

- c) Subordinar a control los derechos individuales de libertad y de propiedad. Los objetos sobre los que recae la policía son los derechos de propiedad y de libertad de los particulares, de los cuales derivarán las naturales limitaciones de esos derechos originados por la vida en sociedad. Ello en virtud de que ni el derecho de libertad puede ser absoluto ni la propiedad puede ser utilizada contrariamente a los intereses de la comunidad. (...) Se trata, en consecuencia, de una intervención concreta, singular y transitoria de la administración en el acto jurídico privado (...).
- d) La intervención de la administración controlando los derechos individuales de libertad y de propiedad se realiza a los efectos de adecuar el ejercicio de esos derechos a las exigencias de interés general. (...) El control de la iniciativa privada que supone la actividad de policía, encauza y endereza toda la actividad particular hacia el logro de la finalidad del interés general, por la verificación que efectúa el acomodo de las conductas particulares a las normas generales. Si la administración otorga o no la autorización solicitada, puede, por este medio vigilar el cumplimiento de las normas de una economía dirigida, controlar el mercado y, en suma, hacer que discurran paralelos el interés privado y el público, forzando a aquél cuando se oponga a éste. (...) Por medio de la actividad de policía se trata de alumbrar en cada estructura social las exigencias del interés público, de acomodar a éste las conductas privadas (...). (Manuel María Díez, 1965, Tomo V, p. 46).

Al extenso análisis de Manuel María Díez (1965), añadiría la necesidad de la coacción administrativa, analizada en el capítulo IX de este estudio. La reducción de nuestros derechos e intereses, en beneficio del colectivo, teleológicamente redundaría en la consecución del bien común, que es el bien de todos y por tanto el nuestro también. Esta práctica administrativa, se basa en la figura jurídica de la autorización y aprobación, que la revisaremos en líneas seguidas, cuestiones que son necesarias, para que nuestras actuaciones estén ceñidas con la juridicidad. En relación a la policía administrativa apreciamos que su ámbito se desenvuelve dentro de las fronteras del principio de juridicidad y la satisfacción del interés general, lo que de ninguna manera implica la invasión irrazonable y desmedida de la actividad pública en la esfera del ejercicio de los derechos de los particulares. Es decir que la actividad de policía, entendida como la limitación de los derechos individuales en razón del interés público, se subordina a las garantías constitucionales que regulan el debido proceso y el marco normativo fundamental del ejercicio del poder público, derechos fundamentales recogidos primordialmente en los artículos 11, 66 y 76 de la norma madre.

El tratadista argentino Roberto Dromi (2006) identifica dentro del concepto de la actividad de policía de la Administración “la libertad” por una parte, y “la reducción de su ejercicio” por la otra”, con miras a la convivencia social”. (p. 906).

De tal manera que, el poder de policía radica “*en la facultad, atribución o competencia del órgano legislativo, de limitar los derechos individuales por razones de interés general*”. (Roberto Dromi, 2006, p. 908).

Este poder se manifiesta “*a través de normas generales, abstractas, impersonales, objetivas, y su objeto es más amplio que la policía, pues versa sobre la limitación de los derechos reconocidos a promover el bienestar general*”. (Roberto Dromi, 2006, p. 908).

Como puede apreciarse, Dromi (2006) disgrega el poder de policía de la actividad de policía del Estado. Queda claro que mientras el primero implica la facultad de limitación de libertades a través de la expedición de normas jurídicas, el segundo materializa tales mandatos normativos a través de actos administrativos. Por consiguiente, debe insistirse que la actividad de policía es inherente a la función administrativa. En precisas palabras del mismo autor (2006): *Toda policía es Administración. Sólo un trozo de la Administración es policía*". (p. 907).

Dromi (2006) coincide con Manuel María Díez (1965) que la coacción no constituye un signo específico de la actividad de policía, no se puede entender actividades que limitan las libertades, sin el apareamiento de la coacción, de no haberla es muy difícil que las personas tiendan a cumplir con algo que les restringe sus derechos o intereses.

Sobre la dinámica en la transformación conceptual de la actividad de policía de la Administración, concluye Dromi:

Las notas conceptuales de la definición de policía consideradas por la teoría dominante tomadas aisladamente o en su conjunto, no pueden circunscribir un dominio propio para la policía que la distinga del resto de la actividad administrativa imperativa.

La policía no posee dentro del campo total de derecho una particularidad jurídica positiva que le confiera un ámbito independiente, porque esas notas conceptuales son también de aplicación a otras funciones reconocidamente no policíacas. (p. 908).

Esta limitación de los derechos individuales radicada en las medidas adoptadas por la Administración Pública en ejercicio de su actividad de policía puede tener acepciones positivas o negativas.

Por la primera podría ejemplificarse la restricción o prohibición de determinada conducta; y por la segunda, la ayuda o la asistencia, que se auxilia de la persuasión, más que de medios coactivos para ser cumplida. (Dromi, Derecho Administrativo, 2006, p. 909).

Nuestra Carta Magna en su artículo 66, número 29, letra d), permite visualizar con mucha claridad la limitación que se le impone al poder de la Administración Pública, de restringir derechos individuales, disposición que se articula con las garantías fundamentales y disposiciones de la norma primera que regulan el ejercicio del poder público:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

29. Los derechos de libertad también incluyen:

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

De conformidad con esta disposición constitucional, el poder de policía de la Administración Pública en su acepción negativa, tiene reserva legal. No obstante debe mencionarse que en el ejercicio de la policía administrativa, la propia Constitución y la ley puede conferir potestades normativas a determinados entes, en el ámbito de su competencia, como es el caso de los organismos seccionales autónomos.

En este contexto, Dromi (2006) se refiere muy ilustrativamente a “los límites de las limitaciones”, pues al ser la regulación policial una limitación individual, aquella “está sujeta a los límites-garantías” (razonabilidad, intimidad, legalidad). (Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 2006, p. 934), esto es que, las limitaciones a los derechos, no pueden exacerbar la existencia y materialización de las libertades públicas y los derechos subjetivos de los ciudadanos en sí, tanto más que, la razón de ser de la actividad y

de la potestad de policía es posibilitar que los administrados tengan pleno goce de los derechos que la norma jurídica les concede. En el tema de limitación de los derechos también hay que estar a que los derechos menores ceden o declinan ante los derechos superiores, es importante que el bien jurídico superior sea resguardado para la íntegra vigencia de los derechos fundamentales o derechos humanos, bien jurídico superior que consta en el Texto Político de los Estados, debidamente resguardado y sin que pueda sufrir menoscabo alguno³⁶ como consta de la parte final del primer inciso del artículo 45 de nuestro texto constitucional o en el artículo 2 de la Ley Fundamental Colombiana, o en el texto del artículo 19 de la Constitución chilena.

Sobre la reserva legal que previamente aludimos, el propio autor con mucha razón, manifiesta:

Las leyes, en sentido formal, sólo son sancionadas por el poder legislador, no puede sustituirse esa competencia por órganos administrativos mediante el dictado de *reglamentos*. Las normas administrativas reglamentarias con fines policiales tienen y deben tener razón de existencia en la ley. Este es el principio de legalidad que corresponde al Estado de derecho democrático. (p. 936).

En definitiva, el alcance de la actividad de policía será tan amplio como las funciones que adopte de manera progresiva y dinámica la Administración Pública dentro del gran universo del interés social y la promoción del bienestar general (Por ello el ámbito policial es tan amplio; léanse unos pocos ejemplos: policía de tránsito, policía sanitaria, policía de transporte, policía bancaria, policía ambiental, policía tributaria, policía industrial, policía laboral, etc.)

³⁶ Art. 45 (...) El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. (...).

A manera de colofón del presente acápite, Dromi (2006) define con claridad meridiana el ámbito policial de la Administración:

El Estado debe asegurar el imperio del Derecho y una justa convivencia social: por ello, puede imponer limitaciones en la forma, el modo o la extensión del goce de los derechos. Estas limitaciones, impuestas por el poder de policía, aparecen en beneficio del Estado, pero en suma son para el bien de la comunidad toda, pues se trata de una protección en defensa del interés social al equilibrar la extensión de los derechos de un individuo, respecto de otros y del Estado mismo. Pues precisamente al Estado le incumbe el deber de verificar el cumplimiento del deber que tienen todos los administrados, de no perturbar el buen orden de la cosa pública e impedir trastornos que pueden incidir en su propia existencia. (p. 933).

Como antes señalamos y ahora reitero, a través de las actividades de policía, de las limitaciones y del poder de policía, lo que se busca es proteger la vida como bien superior, pero además la vida del ser social, su plena convivencia en racionalidad, esto es previendo el ejercicio de derechos, el cumplimiento de deberes, pero también la observancia de las obligaciones que correspondan.

Estudio especial de la autorización administrativa

Roberto Dromi (2006) con mucha claridad explica que:

“en la autorización administrativa existe el reconocimiento de un derecho preexistente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la Administración”.

Es decir que:

“la autorización no amplía el campo de los derechos del individuo: permite que éste los pueda ejercer al reconocerle

el cumplimiento de las condiciones preventivas impuestas por el poder de policía, en razón del interés o la necesidad colectiva". (p. 939).

De lo enseñado por este autor, se colige que la autorización constituye una limitación al libre ejercicio de los derechos individuales, restricción justificable en razón de la salvaguarda del orden social. De manera que el ejercicio de tales derechos se condiciona a la expedición de una autorización administrativa. Se debe tener presente que, las autorizaciones son los típicos actos administrativos de policía, en este tipo de actos el ciudadano tiene el derecho, pero no puede ejercerlo sino hasta que los óbices para su ejercicio desaparezcan, con lo cual el derecho del ciudadano se vuelve eficaz.

En este punto resulta oportuna la distinción planteada por Manuel María Díez (1965) entre la autorización de policía y la concesión. De tal suerte que, la autorización

"no confiere ningún derecho nuevo al administrado sino que se limita a remover obstáculos para el ejercicio de algunos de los que ya estaban dentro de su autonomía jurídica, la autorización no crea derechos; se limita a influir en el ejercicio de los mismos procediendo a su eficacia". (Tomo V, p. 70).

La concesión más bien es como veremos posteriormente un servicio público impropio, mediante el que, el Estado en uso de sus potestades por vía de acto o contrato, otorga a un particular, la explotación de un bien o servicio, a cambio de una remuneración, que puede ir en todo o en parte en beneficio del concesionario. En esta parte del estudio, sólo nos detengamos en la autorización, que en palabras del mismo autor (1965) se centra:

"en constituir un control previo de actividades, que, descontroladas, podrían dañar el interés público. Se dice en-

tonces que la autorización tiene como efecto jurídico el de permitir el ejercicio de un derecho que le corresponde al particular pero teniendo en cuenta el interés público (...) Fundada la autorización en la contraposición entre el derecho del particular y la interdicción interpuesta por parte de la administración, entre libertad y autoridad, ésta aparece como el acto que reintegra el estado de libertad permitiendo que el derecho del particular pueda producir sus efectos lógicos y naturales. De allí, entonces, que el particular pueda efectuar, después de la autorización, aquello que antes estaba vedado. La autorización representa un sistema intermedio entre la prohibición absoluta y la libertad absoluta". (p. 70).

Por tanto, es claro que no hay derechos y libertades absolutas, siendo que siempre se debe considerar que la libertad de uno termina en el mismo límite en el que empieza la libertad de un tercero y por tanto mi derecho concluye cuando da inicio al derecho de mi prójimo; es evidente que es la norma la que limita las libertades y los derechos, pero no es menos cierto que, es la autoridad la que en el ejercicio de la potestad de policía reintegra la libertad y el goce del derecho de la persona, que antes lo tenía, pero que no lo podía ejercer, como por ejemplo, cuando un servidor debe concurrir a alguna diligencia judicial, por disposición legal le corresponde el permiso para hacerlo, pero debe pedir autorización a su superior para hacer uso del mismo, por tanto el derecho subjetivo está ahí, en la norma, su libertad pública siempre estuvo consagrada, mas no debe dejar de lado que incluso para el mismo sistema de organización de la dependencia, debe solicitar autorización, para hacer uso y ejercicio del derecho que tiene a ausentarse por diligenciamientos judiciales.

De la abundante argumentación de Diez (1965), puede apreciarse que la autorización constituye el mecanismo regulador del debido

ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de los particulares sin que se menoscabe el interés público.

Otro ejemplo, el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, garantía fundamental prescrita en el artículo 66, número 14 de la Carta Magna se articula con la disposición constitucional constante en el artículo 394 que garantiza la libertad de transporte aéreo, marítimo y fluvial regulada a través de la ley³⁷. Nótese que, el derecho siempre está latente, preexiste y hasta la misma constitución lo estatuye, pero, para atribuirme el goce del mismo requiero sin lugar a dudas que, el Estado a través de sus estamentos me “autorice” en el afán y sentido de no anarquizar el uso en el presente caso del aire, el mar o los ríos para el transporte.

Es menester señalar que los distintos derechos que le están imputados por la norma a los ciudadanos, dan como resultados diferentes tipos de autorizaciones para optar por el goce pleno de los mismos, por ello es que el autor de nuestra referencia, Manuel María Díez (1965) plantea una distinción tripartita entre autorización personal, real y mixta:

La autorización personal vale para todos los establecimientos que pudiera crear el propio permisionario, por lo que en caso de cesión de la empresa, el cesionario debe solicitar una nueva autorización. Si la autorización se acuerda con relación a una empresa determinada, es valedera solamente con relación a ella y en caso de cesión no es necesario solicitar una nueva autorización. En cuanto a la autorización mixta, se acuerda no solamente en consideración de una persona determinada sino también en consideración a cier-

³⁷ Art. 394.- El Estado garantizará la libertad de transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial dentro del territorio nacional, sin privilegios de ninguna naturaleza. La promoción del transporte público masivo y la adopción de una política de tarifas diferenciadas de transporte serán prioritarias. El Estado regulará el transporte terrestre, aéreo y acuático y las actividades aeroportuarias y portuarias.

ta empresa. Luego, en caso de cesión, el cesionario tiene necesidad de una nueva autorización. (p. 70).

En esto nos hemos de guiar por el principio de que el derecho sigue a quién se le haya otorgado, esto es, si se otorgó a la empresa, la misma será la que tenga el uso y goce de los derechos otorgados y el Estado tendrá la obligación de garantizarlos mientras los mismos sean eficaces a su cesación o extinción dichos derechos desaparecerán, como pasamos a revisar a continuación.

Par concluir con el estudio de la autorización administrativa, cabe transcribir las causas de su extinción, en virtud de lo enseñado por el propio Díez:

1. Incumplimiento de la condición bajo la que fue acordada.
2. Vencimiento del término.
3. Muerte del titular, cuando hubiere sido acordado *intuitu personae*.
4. Fin de la empresa.
5. Revocación.
6. No utilizarla durante el plazo estipulado.

Es indudable que el otorgamiento de una autorización, caduca, se resuelve o concluye cuando el permisionario no cumplió las condiciones bajo las que le fue otorgada la autorización vg. Se autoriza la apertura de una licorería, bajo un determinado horario y el mismo es irrespetado, de suyo se observa que dicha autorización será revocada. El otro caso es cuando el tiempo para el que se otorgó ha concluido, esto es la vigencia del permiso, concesión o licencia ha concluido, por tanto hay que renovar la misma si se desea seguir ejerciendo dichos derechos, el ejemplo clásico que pongo es el de la licencia de conducir. La gran cantidad de permisos, autorizaciones y aprobaciones son *intuitu personae*, el permiso de conducción, la autorización de rendir examen atrasado, es a la persona, por tanto cuando ésta deja de existir, mal puede seguir

habiendo la autorización, de tal suerte que, este tipo de derechos no son hereditarios. En igual sentido que la concepción que antecede, al momento en el que, la empresa deja de existir, también los derechos que le son atinentes a la misma se extinguen. La revocación, como forma de extinción del acto administrativo, debemos tener presente que se extingue esencialmente por vicios que pueden conllevar la anulabilidad del mismo, por lo mismo una vez que es detectado el vicio de anulabilidad, se debe proceder a la correspondiente rectificación del error o defecto encontrado. El último caso de extinción de la autorización es el no haber hecho uso de la misma en el tiempo señalado, lo que deja ver la incuria del administrado de no querer utilizar o hacer uso del derecho otorgado.

La actividad de prestación administrativa: el servicio público

Manuel María Díez (1965), en cuyo lúcido criterio nos hemos apoyado a lo largo del desarrollo del libro y en especial en este capítulo, divide a la actividad de la administración en policía, fomento y servicio público y, distingue a la actividad de fomento con la de servicio público en cuanto el primero *“se realiza indirectamente, es decir, a través de la acción de los particulares, mientras que el servicio público puede desarrollarse, ya sea directa, ya indirectamente, es decir puede ser prestado por el Estado o por los particulares bajo la forma de concesión de servicio público”*. (Tomo V, p. 142).

Las concepciones de la actividad de servicio público, no son pacíficas, más bien se torna beligerante, por ello vamos a contraponer criterios de varios autores que nos ayuden a tener una visión más amplia y concreta de lo que concebimos como servicio público. En este orden de ideas resulta muy conveniente servirnos del criterio de Alejandro Pérez Hualde (2006) quien considera que la calificación de un determinado servicio como público, *“reviste carácter coyuntural”*. (p. 10), cuestión que no la compartimos,

pero para el análisis de este tema resulta importante poder desen-
trañar el carácter del Servicio Público, habida cuenta que, por más
de una centuria el Derecho Administrativo y la Administración
Pública ha prevalecido como fuente y razón importante de su ser.
Cabe recordar que su principal mentalizador, esto es León Du-
guit, señaló que es materia del Derecho Administrativo y de la
Administración Pública, precisamente el Servicio Público:

“Y sin embargo, en todos esos servicios modernos, que
cada día toman mayor extensión: instrucción, asistencia,
obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos,
ferrocarriles, etc., hay una intervención del Estado que de-
be ser sometida al derecho, regulada y disciplinada por un
sistema de derecho público. Pero este sistema no puede es-
tar fundado en el concepto de soberanía, porque se aplica a
actos en los que no se advierta ningún rasgo de poder de
mando. Se constituye, pues, forzosamente un nuevo siste-
ma relacionado, por lo demás, íntimamente con el anterior,
pero fundado en una noción diferente, que se manifiesta
en todo, que modela todas las instituciones modernas del
derecho público y que inspira toda la jurisprudencia tan fe-
cunda, de nuestro *Consejo de Estado*: tal es la noción del
servicio público”

Por tanto *“el régimen público impuesto es excepcional y subsiste mien-
tras se justifique el cumplimiento de los fines que lo determinaron.
Fines cuyo cumplimiento debe ser garantizado por las ‘autoridades’
públicas en general y por los organismos específicos en particular”*.
(Alejandro Pérez Hualde, 2006, p. 11), nótese que el criterio de
Pérez es totalmente contrapuesto al sentido y a la esencia del
servicio público, pues conforme lo veremos posteriormente, el
servicio público se caracteriza por su permanencia, generalidad,
oportunidad e inmediatez y sobre todo por el objetivo esencial
del Estado en sí, esto es la consecución del bien común.

En este escenario, nuestro Tribunal Constitucional en la parte considerativa de la sentencia dictada dentro del caso N. 009-2002- TC, publicada en el Registro Oficial N. 10 del 29 de Enero de 2003, por la interposición de la demanda de inconstitucionalidad a los artículos 4 y 17 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones por parte del alcalde de Cuenca, manifestó que:

De modo general, los servicios públicos se caracterizan por atender necesidades individuales de importancia colectiva, servicios que deben ser prestados por el Estado, de manera permanente o periódica, material y sistemática, de forma directa o indirecta, para alcanzar su finalidad de promover el bien común y el progreso social, dentro de un régimen de derecho público que determina su regulación y las potestades de quien lo presta;

Tal obligación del Estado de atender “necesidades individuales de importancia colectiva”, de forma directa o indirecta envuelve correlativamente su deber de garantizar el acceso universal a dicho servicio. Como acota Pérez Hualde (2006), servicio público y acceso universal son conceptos inseparables, pues si el *“Estado no está en condiciones de garantizar el acceso universal nos encontramos con un sistema de privilegio a favor de un negocio particular, normalmente un caso de corrupción”*. (Alejandro Pérez Hualde, 2006, p. 11).

Pérez insiste en el carácter coyuntural de tales servicios, que señalamos previamente, *“permite también distinguir estas necesidades de aquellas que hacen a la función propia del Estado como son la defensa exterior, la seguridad interior, la justicia, la educación, salud pública, todas ellas de ineludible cumplimiento para el Estado pero que no constituyen propiamente ‘servicio público’ por cuanto carecen de carácter coyuntural”*. (p. 11). En aquella época se llegó a hablar por parte

de los organismos rectores de la telefonía, de servicio público y “servicios al público”.

El mentado autor confiere un ámbito estrictamente económico a la calificación de servicio público que debe contemplar “necesidades básicas vinculadas al bienestar general”, circunscritas a una valoración de carácter socio económico político cultural, que exige la prestación ininterrumpida y obligatoria de un servicio. (p. 11), por lo que, la atención de necesidades públicas como educación o salud, son consideradas por Pérez Hualde (2006) como funciones inherentes al Estado. (p. 11), sin embargo sostengo que dicho análisis está apartado de la realidad operativa de los estados, así como de la naturaleza jurídica de lo que es en sí el servicio público.

Como veremos en líneas posteriores nuestra Carta Fundamental se aparta del criterio simplemente economicista del servicio público y más bien permite que dichas actividades como las señaladas de salud, educación puedan ser brindadas por la iniciativa privada *“La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas”* tal como se expresa en el artículo 362 del Texto Político en el caso de la salud y en la educación dice: *“La educación como servicio público se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares”*³⁸.

Continúa Pérez Hualde (2006) manifestando que *“asegurar los*

³⁸ Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

Art. 345.- La educación como servicio público se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares. En los establecimientos educativos se proporcionarán sin costo servicios de carácter social y de apoyo psicológico, en el marco del sistema de inclusión y equidad social.

servicios públicos sí es función propia del Estado; y no lo es la de prestación de uno de ellos en especial o de todos en general". (p. 12).

Más adelante, el mismo autor acota que:

"En una sociedad política comprometida con los valores vinculados a la libre empresa y a sus fundamentos relacionados con la libertad de mercado no se concibe que se considere *ab initio* al Estado como titular de la prestación comercial de un servicio. Por el contrario, en principio, y siempre que fuera posible, es la empresa particular la llamada a dar respuesta a esa prestación y será –únicamente–, en la excepción que el Estado deba cumplirla efectivamente". (Pérez Hualde, p. 12).

Este autor quiere evidenciar la relación existente entre el ámbito de prestación de los servicios públicos y la orientación económica del Estado, que no es teleológicamente una realidad, puesto que como hemos visto el fin del Estado es lograr un equilibrio entre los valores de libertad, democracia participativa y acceso a los bienes y servicios que brinda la contemporaneidad. No obstante e independientemente de lo anotado, el servicio público se encuentra regido por exigencias generales; podemos señalar principalmente la radicada en el requerimiento de que su cobertura sea asegurada a todos los habitantes sobre la base de determinadas condiciones, lo que hace que "*el prestador esté sometido a exigencias especiales que, a la vez, justifican y dan fundamento jurídico y ético al otorgamiento de varios privilegios*". (Pérez Hualde, p. 12).

El inicio de este análisis, nos lleva de la mano a ver la naturaleza jurídica del Servicio Público, a los efectos de poder dilucidar su fin y los elementos que le son consustanciales.

Naturaleza jurídica y elementos

Más precisamente Armando Canosa (2005) cataloga como las notas distintivas del servicio público "la continuidad, regularidad,

uniformidad o igualdad, generalidad y obligatoriedad, caracteres que al no existir producirían simplemente la no existencia del servicio público, o mejor dicho, no nacería la necesidad de que el legislador someta una actividad a su severo régimen". (Derecho Procesal Administrativo 2, p. 1099).

Regresando a los "privilegios" del servicio públicos mencionados por Pérez Hualde (2006) se manifiesta que aquellos tienen su origen *"en el poder estatal mismo y deben ser ejercidos para asegurar la obtención y el cumplimiento de los principios expresados; consecuentemente se trata de privilegios cuyo otorgamiento es de imposible comercialización y únicamente pueden ser atribuidos para asegurar el cumplimiento de los fines determinantes de la imposición del régimen público sobre esa actividad"*. (Alejandro Pérez Hualde, 2006, p. 12).

En este orden de ideas, cabe resaltar que los principios que inspiran el sistema económico del Estado, son los que determinan la fisonomía del régimen de servicio público. Con razón afirma Pérez Hualde (2006) que *"el triunfo de las tendencias económicas que sirven de base al libre juego de las leyes del mercado en el mundo moderno globalizado ha provocado- sin duda- un achicamiento del terreno donde se desenvolvía el servicio público"*. (p. 15).

Es imprescindible por tanto, analizar en su conjunto, esto es de manera contextual, las disposiciones constitucionales que regimientan tanto el servicio público así como el sistema económico del Estado, sus deberes en relación al impulso del desarrollo colectivo, a fin de delimitar el ámbito en el que se desenvuelve el servicio público.

El artículo tres de la Constitución del Ecuador, dispone en su numeral cinco:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

4. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el

desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir;

El rango constitucional conferido a tales deberes, nos permite apreciar rasgos del modelo del Estado, específicamente en la determinación de un papel protagónico en la prestación de servicios públicos, eso sí sin dejar de lado el fomento económico de la sociedad, obligación a la que se alude insistentemente en el Código Político, por tal razón vamos de manera muy rápida a pasar revista de las connotaciones de dicha normativa.

Se debe tener presente que desde las mismas normas en las que constan los principios que regulan los derechos, respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado en su conjunto, se establece que:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. (...) El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (...).”

De esta forma el constituyente, sin lugar a dudas, está imprimiendo el sentido de que el Estado es responsable por la deficiencia en la prestación de servicios públicos, hay que tener presente que el funcionario, servidor o agente público está obligado a brindar tal prestación “con calidad y calidez”, es responsable de dicho servicio y sobre él el Estado repetirá todo el daño civil que haya acarreado la deficiente prestación brindada por la administración, cuestión que ya constaba en el anterior texto constitucional, pero

ahora se tienen mayores garantías constitucionales para hacer efectivo el derecho ciudadano conculcado. Este daño por mala o deficiente prestación de servicios públicos, se reitera en el artículo 52, como protección a los consumidores, en atención a la interrupción o a la mala calidad de cualquier prestación estatal, para lo que se pretende aún medir los grados de satisfacción social, cuestión que consta del artículo 53. Se introduce a la deficiente prestación de servicios públicos, responsabilidad penal, cuando la información del producto lleve a engaño o cuando algún profesional por mala práctica, ponga en riesgo la vida o la integridad de un ser humano, desde luego que el tipo penal, no se encuentra del todo claro y concreto, por lo que deberá ser la Ley la que de manera precisa, técnica y científica caracterizar lo que el constituyente ha establecido en el artículo 54 de la Ley Primera. El artículo 66 en su número 25 *ibidem*, manda a que se reconozca y garantice a los ciudadanos en general, bienes y servicios públicos y privados de óptima calidad, puesto que se expresa que se brindará con eficiencia, eficacia y con buen trato y además se reitera en la necesidad de tener información suficiente sobre el servicio que se está ofertando o brindando.

Me parece que el constituyente cuando menciona "servicios privados", más bien se refiere a que el prestador de servicios públicos es una persona privada, esto es que el régimen mediante el que se regula las relaciones jurídicas de dicho prestador, es el del derecho privado, nótese que el régimen de la prestación brindada siempre estará normado por el derecho público, de tal guisa que, sólo aquello que se refiere a las relaciones propias del prestador, estarán bajo el régimen privado, tales como son su creación, las relaciones de personal, su patrimonio, sus recursos.

En los artículos 37, 47, se deja señalado el rol del Estado frente a los denominados grupos de atención prioritaria, denominados en el anterior texto fundamental como grupos vulnerables, como son los de la tercera edad y los discapacitados se les garantiza

rebajas en los servicios públicos y privados de transporte, cuestión que se encuentra dentro de la nomenclatura jurídica mundial y que en nuestro país se encontraba legislado incluso antes de que apareciera en la norma fundamental, cuestión que se encuentra escrito en los artículos 37.4 y 47.3.

Ahora es importante revisar la connotación que se da al servicio público dentro de La Ley Fundamental, cuando se señala:

TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Capítulo segundo

Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- a) Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
- b) Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

- c) El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

No se puede dejar pasar desapercibido que el constituyente, de modo consciente incluyó a los servicios públicos y privados, dentro del título III de las Garantías Constitucionales, como queriendo dar mucha fuerza al sentido de la implementación de políticas, servicios públicos y de la participación y responsabilidad del ser social o del colectivo dentro de la formulación de las mismas. Respecto de la formulación de los planes, programas y compromisos, para alcanzar tan ambicioso objetivo, cuestión que de suyo no es nada fácil, se debe tener presente que dichos cometidos encierran una serie de complejos problemas de gobierno y administración, que conjugan no sólo la satisfacción de las necesidades de la población, sino además como lograr que, los escasos recursos con los que se cuenta sean suficientes. Para ello entonces los políticos, deben empeñarse en diseñar planes que a corto, mediano y largo plazo, desarrollen un sentido de equidad, redistribución y democratización, sin romper con la institucionalidad pública, el siempre debatido principio de la seguridad jurídica y el entendido de la soberanía en toda su expresión.

He señalado en más de una ocasión que, el control no consiste necesariamente en la revisión de si las actuaciones del gobernante, administrador, legislador o agente público en general se ha ceñido al sentido de la juridicidad, sino y también a la calidad y calidez con la que se otorga la prestación estatal, su oportunidad,

coste y precio³⁹, con lo que se alcanza el bien común o como se dieron en llamar en el último texto político, buen vivir, ciertamente que los estadistas, juristas y buenos gobernantes, en general lo que buscan es proveer de bienes y servicios de buena calidad a sus conciudadanos, que estén acordes con la contemporaneidad, con lo que se estima se está cumpliendo con los cometidos del Estado. El otorgamiento de bienes y servicios, no son otra cosa que la dotación de herramientas necesarias al ser social, para que por sí mismo logre alcanzar y desarrollar sus propios propósitos, metas y hasta fines, de suerte que, el famoso Estado paternalista, populista y hasta el Welfare State⁴⁰, o Estado de Bienestar, no tienen razón de ser. Si el Estado no “produce” bie-

³⁹ En mi ensayo sobre “EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN”, en la obra colectiva *Descentralización, Administración Pública y Control*, Marco Morales Tobar, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2005. Los Estados a través de adecuados sistemas de control, logran que sus actos estén apegados a la juridicidad, pero además que los servicios que presta sean de calidad, brinden eficiencia y excelencia logrando economía de tiempo y gasto en su atención, para la consecución del bien público.

Cabe anotar que el Estado Contemporáneo no desarrolla sus actividades con el fin de cumplir objetivos o metas, por el mero hecho de cumplirlas, en la actualidad lo que se quiere es crear condiciones en donde la comunidad viva dentro de una sociedad cualificada, y por ello el control público debe poner acento en la juridicidad y en la calidad con la que debe cumplirse los distintos cometidos del Estado.

El administrado, en la actualidad no demanda tan solo acción a los gestores públicos, sino que ella debe ser de calidad, por lo que la organización del Estado ha de responder con mayor eficacia, empleando la mayor eficiencia. Por ello queremos anotar que el control debe ir ligado a la juridicidad y a la calidad.

⁴⁰ En mi ensayo sobre “LA ACTUALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR” en la obra colectiva *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Luis López Guerra, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2002. El Estado Social de Derecho no se asimila totalmente con el Welfare State (Estado de Bienestar), pues si bien ambos se refieren a los aspectos relativos al bienestar, el Estado Social de Derecho va más allá, pues trata de la configuración estatal de la época actual, como un intento de adaptar el Estado tradicional a la realidad de la sociedad industrial y post industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas y organizativas para enfrentarlos, en términos de Manuel García-Pelayo, es decir, va más allá de la mera política social del Estado de Bienestar, pues en el Estado Social de Derecho no solo se dirige a las clases más desposeídas sino a las clases medias, es decir, de una política sectorial se pasa a una política social generalizada. Del mismo modo, el Estado Social de Derecho no conceptualiza, como sucedía en el Estado liberal, a la libertad como una exigencia de la dignidad humana sino a la dignidad de la persona como una condición para el ejercicio de la libertad, variando el sustento del Estado tradicional en la justicia conmutativa por el de la justicia distributiva.

nes y servicios de óptima calidad, como la educación, salud, justicia, infraestructura de comunicación y demás, el Estado no progresará y si dichos bienes y servicios se los otorga a cambio de nada, los mismos parecerían más bien que son de “nadie” y por ello en dicha anomia, se corre el riesgo de que desaparezcan en perjuicio de la colectividad, se pierde el sentido del principio de solidaridad, entendida la misma como aquel ejercicio que el que más tiene coadyuve con el que menos tiene, que los jóvenes sean quienes cooperen para una digna vejez de quienes ahora se encuentran en dicha edad, que los sanos aporten para la prevención, tratamiento, curación y rehabilitación de quienes están enfermos, esto es un sentido real de redistribución de riqueza, lo que a mi parecer en realidad de verdad se alcanza a través de unas sana política tributaria y de descentralización de los recursos, de una política salarial que haga que las remuneraciones se compadezcan con la necesidad de vivir con dignidad y a través de sistemas eficientes de seguridad social. No entiendo la solidaridad en otro sentido, pues corre el riesgo de distorsionarse en filantropía, misericordia, cuestiones que están por fin muertas o de lo contrario si se entiende que es aquel que hace desaparecer la riqueza, no hay tal puesto que para ser solidario debe haber que repartir, la miseria es irrepartible, se reparte riqueza, bienestar, cuestión que en nuestra visión el constituyente trata de cimentar en el artículo 227 del tantas veces señalado Código Político.

El artículo 88 estatuye la garantía de protección, a la “prestación de servicios públicos impropios”, que conforme la doctrina son los que están ejecutados por un particular, a través de cualquier forma administrativa de prestación, sea concesión, asociación o participación, en la gran mayoría de casos, se trata de concesiones en cuyo caso el prestador del servicio público asume para sí todas las responsabilidades, tal como si fuese el Estado, de cara al administrado o ciudadano en general, esa es la una posibilidad de acepción a esta figura, la otra es aquella que tiene que ver con que los servicios sean de mala calidad, confusión que deberá ser pues-

ta de manifiesto por la Corte, a los efectos de estar a su apreciación sobre esta materia.

Más adelante en el artículo 96, se reconoce el poder ciudadano a través de cualquier organización colectiva, para la toma de decisiones y control dentro de los servicios públicos, cuestión que de suyo encierra gran importancia, en tanto y en cuanto son los ciudadanos capaces de lograr sus propios objetivos, lo complejo está en la forma de cómo lograr tal cometido.

Cabe tener presente que conforme al artículo 215, en sus números 1 y 3 del Código Político, es el Defensor del Pueblo quien debe patrocinar todas aquellas causas en las que la calidad o la indebida prestación de un servicio público o privado, afecte a un ciudadano, a través de la implementación de reclamos o quejas y en mi criterio cualesquiera de las garantías a las que tiene acceso el administrado, según sea el caso del servicio omitido, indebidamente prestado o que haya afectado derechos del ciudadano, habida cuenta que el bien común solo se alcanzará a plenitud, cuando exista una verdadera garantía de juridicidad en las actuaciones públicas.

En este punto regreso a si la materia u objeto de la administración pública es el servicio público o si más bien se trata tan sólo de una de sus operaciones, este tema es importante, habida cuenta de que el artículo 227 de nuestra Ley Madre, establece que "*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de (...)*" En este orden de cosas, bien vale dejar muy claro que el servicio público es uno de los objetos o materias de la administración pública y como digo es solo herramienta para la consecución de sus objetivos, los servicios y prestaciones públicas por tanto no son políticas ni cometidos, sino tan solo operaciones que se realizan para alcanzar la consecución de los mismos.

Roberto Dromi (2006) critica la forma tradicional en la que se ha planteado tal discusión doctrinaria y concluye conforme lo hemos comentado que “es contradictorio escindir la unidad del concepto de prestaciones públicas, en razón del agente gestor (público o privado) o el régimen aplicable (de derecho público o privado)”. Y más adelante pone punto final a tales disquisiciones manifestando:

“El obrar público, sin distinción de sus ejecutantes, tiene inexorablemente que estar regido en todo o en parte por el derecho público. Lo contrario provoca y la realidad lo acredita una distorsión peligrosa de inversión de regímenes jurídicos, afiliándose el Estado al régimen jurídico privado, o los particulares sometidos al peso de las cargas públicas”. (p. 826).

Así es como se debe ver a las entidades a las que se refieren los números 3 y 4 del artículo 225 de la Constitución, esto es, como simples órganos que en base de las potestades o competencias que la Constitución o la Ley le atribuyen, a través de la prestación de servicios, logran sus cometidos. Potestades que constan del artículo 260 en adelante. Ahora bien, la dificultad radica entonces en saber dilucidar o diferenciar que actividad es de servicio público, que de policía, que actividad es económica, de fomento, etc. habida cuenta que como tales sólo en el artículo 264 número 4 se expresa:

“Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley”.

Cabe entonces preguntarse si actividades como el tránsito, la vialidad, la salud, la educación de las que se habla en otros números de dicho artículo, no constituyen servicios públicos.

Otro texto de la Carta Magna que bien merece ser comentado, es el que nos trae el artículo 314, mismo que dice:

“El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

En este artículo se reafirma el criterio de que la provisión de servicios públicos tales como el agua, sea potable o de riego, el saneamiento ambiental es de crear, la energía eléctrica, las telecomunicaciones, la vialidad y la infraestructura portuaria y aeroportuaria, son de responsabilidad del Estado. Se debe considerar que el constituyente delega al Parlamento, poder constituido, señalar que otras actividades del quehacer cotidiano, constituyen servicios públicos, cuestión que en mi criterio no es sana, puesto que se puede proponer por conveniencia y oportunidad cualquier prestación como pública, aún cuando las caracterizaciones de la misma no la ubiquen dentro de esa figura. De otra parte, cabe señalar que el artículo 261 número 10, prescribe que El Estado Central, refiriéndose al Ejecutivo, tendrá competencia exclusiva sobre “(...) puertos y aeropuertos”, siendo que la disposición que estamos analizando tan solo se refiere a la infraestructura portuaria y aeroportuaria. Para concluir esta parte, debo expresar que el prestador como hemos visto puede ser público o privado, que es menester tener claro que el servicio que se brinda, es público.

En lo tocante con el agua, es el artículo 318 del texto constitucional, el que manifiesta que:

“La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias”.

En esta materia el constituyente ha sido reiterativo y expreso en señalar que la prestación de los servicios del agua, estarán en manos públicas y por tanto el régimen jurídico que regula tanto a los prestadores como a la prestación misma es el del derecho público. Esto es así por el sentido que tiene el recurso hídrico por la propia existencia del ser humano; sin embargo, no nos debe llamar la atención de que dicho recurso se comercialice de modo privado, como es el agua embotellada que gran auge ha tomado sobre todo en los últimos tiempos, lo que acontece es que dichos comercializadores, deben someterse a las estrictas regulaciones que el Estado impone sobre dicho recurso, cuestión que consta del segundo inciso del artículo 314, que expresa de modo claro las características del servicio público, que confluyen en su obligatoriedad, permanencia, oportunidad, inmediatez, generalidad, uniformidad, eficiencia, calidad y calidez, además de regular, vigilar y controlar que los precios y las tarifas de los servicios que brindan los particulares sean equitativas. El tema de la equidad, bien vale señalar que implica que el precio de los bienes y servicios ha de ser accesible a la generalidad de los ciudadanos, en otras palabras no deben ser prohibitivos a su uso o consumo, por tanto las utilidades del prestador deben ser siempre reguladas por el ente rector.

Para concluir el análisis constitucional del servicio público, es menester anotar que, el constituyente da énfasis a los servicios de salud y educación como públicos, cuestión que consta de los artículos 362 y 345 de La Ley Fundamental, cabe destacar que dichas disposiciones dejan establecido que los prestadores pueden ser públicos, privados o mixtos, como es el caso de las entidades fisco misionales.

Puede evidenciarse, de acuerdo a los deberes contenidos en la referida norma, que se le otorga al Estado un papel regulador y controlador y se limita de modo casi absoluto su papel de prestador del servicio público.

Ahora continuaremos con un tema muy importante que el de la gestión de los servicios públicos, pasaremos revista a las empresas públicas y a la concesión.

Formas de gestión de los servicios públicos; en particular, la concesión de servicio público

Teniendo presente la dinámica que rige las relaciones entre el Estado y la sociedad en la que, de modo general se reconoce la libertad de empresa y comercio, se oficializa la provisión de determinados servicios públicos por parte del Estado de modo esencial de los sectores llamados estratégicos, estableciendo un rol garantizador y regulador respecto a su prestación en sujeción a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad.

El Estado en general y de modo particular, la administración pública, se constituyen en los principales prestadores de servicios públicos, siendo que algunos, como los de los sectores estratégicos de la economía, su delegación vía concesión se encuentra restringida a los parámetros señalados en el artículo 316 de la constitución, que debido a la importancia que tiene en el estudio de los servicios públicos, pasamos a analizarle:

“Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.

En este orden de cosas, es menester revisar cuales son los sectores estratégicos y que características tienen los mismos y la connotación que da el constituyente a dichos servicios, para lo que es necesario mirar el artículo 313, en el que se explica que *“son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”*, no cabe la menor duda que se orienta a la explicación de lo es un servicio público y la orientación y fin que persiguen, que no es otro que el bien común, no de otra manera se debe entender la referencia al pleno desarrollo de los derechos -humanos- y al interés social, todos esos bienes y servicios se han de tener como estratégicos, desde luego que de seguido se concretan cuáles son esos servicios y bienes estratégicos y se expresa: *“la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”*. Por principio de jerarquía política y jurídica, como lo exprese antes, no se puede concebir que el poder constituido, llámese parlamento, congreso o como ahora se menciona asamblea, sea el órgano que señale y determine además de los expresados en la constitución cuáles constituyen sectores estratégicos, puesto que se puede caer en situaciones de coyuntura de conveniencia y oportunidad, cuestión que en la mayoría de casos sucede en los congresos.

Ahora bien, conforme lo prescribe el artículo 315 de la Ley Fundamental, la operación de los servicios estratégicos y de los bienes considerados como tales, le corresponde llevar adelante a empresas públicas, las mismas que tendrán un marco regulatorio público y cuando más se permite constituir sociedades mixtas, pero

siempre el capital será manejado mayoritariamente por el Estado, dice esta misma norma que:

“Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales”.

Lo cierto es que en la novel Ley de Empresas Públicas, que en estos días está por publicarse, ni de lejos se ve autonomía, puesto que los organismos empresariales van a estar en sus puestos directivos integrados por personeros del gobierno central, vale decir del ejecutivo. De otra parte, la Ley o proyecto de Ley, para nada refleja los parámetros con los que se va a medir la eficiencia, calidad, los criterios empresariales y los asuntos económicos y ambientales, con lo que el objetivo constitucional ha quedado en nada.

Siendo nítida la dinámica cambiante del concepto de servicio público que muchos de los doctrinarios con gran acierto la han calificado como “pendular” a la luz de la evolución de sus reglas fundadas unas veces por la lógica de la actividad privada y otras, por la de la actividad pública, la delimitación exacta del campo del servicio público reviste mayores dificultades dada la multiplicidad de sus formas de gestión.

Con mucha agudeza, Ramón Martín Mateo (1996) encara las inconsistencias de la noción de servicio público cuyas características definitorias tuvieron enormes dificultades en encontrar una explicación satisfactoria. En palabras de este autor, *“el servicio público llegó a identificarse con toda la actividad del Estado, perdiendo valor, pues, como criterio para acortar subparcelas de actuación administrativa dentro del panorama de operaciones públicas”.* (p. 436).

En virtud de este argumento, no es posible calificar con certeza al servicio público estrictamente como la única actividad del Estado, ni bajo del criterio de los sujetos, tampoco del objeto y menos aún del régimen. Por lo que, se explica, a criterio de Martín Mateo que *“se abandonase como criterio definidor de todo el Derecho administrativo y de la acción de la Administración la idea de servicio público y que incluso se estimase que el propio concepto había sido equívocamente manejado para perfilar una subdivisión del obrar administrativo”*. (p. 437).

Se agrega a este criterio, lo enseñado por Armando Canosa (2005), quien considera que es la ley la que debe determinar cuál es el régimen de servicio público. De modo que *“el servicio público será —en su máximo grado— una forma de regulación económica que tendrá a la ley como base cierta de la misma y será utilizada por la autoridad estatal cuando entienda que es la única forma de alcanzar ciertos estándares en el producto de la actividad que ha recibido tal calificación”*. (Armando Canosa, El servicio público, 2005, p. 1097).

Superando este enconado debate doctrinario, Juan Carlos Casagane y Gaspar Ariño Ortiz (2004) manifiestan que las actividades resultantes del servicio público al ser, *“actividades esenciales (Art. 128.1, Constitución española) que venían a satisfacer necesidades indispensables de los ciudadanos y tenían carácter estratégico para la economía y sociedad (seguridad nacional, productividad de la economía, infraestructuras básicas), actividades, que al mismo tiempo, presentaban por sus por sus grandes economías de escala, tendencias monopolísticas (u oligopolísticas), fue el Estado el que las fue progresivamente ‘publicando’, declarándolas ‘servicio público’, reservadas al Estado (o a otra Administración Pública) y exceptuando en ellas la ‘libertad de empresa’ libertad de entrada para la iniciativa privada”*. (p. 13).

Esto nos debe llevar a pensar que, el legislador con mucha sabiduría y dada la delegación que le ha entregado nuestro texto

constitucional, deberá ir señalando con seriedad que actividades, empresas, vienes y servicios se deben ir publicando, desde luego sin atentar en contra de las libertades y de los derechos de terceros, de tal suerte que, se garantice la seguridad jurídica en la que se desenvuelven sus relaciones y se prosiga con la delegación, como una forma de gestión, siempre que la misma se de en un marco de transparencia, eficiencia y mirando como objetivo el bien común.

En este punto merece resaltarse la lúcida exposición de los precitados autores al explicar la evolución de la concesión como el nexo que concilia la titularidad del Estado sobre dichas actividades, con su facultad de gestionarlos:

“Se entenderá que el Estado es el titular de dichas actividades, el *dominus* de los servicios públicos; quizás en algún caso no pueda gestionarlos directamente y acudirá entonces a la concesión como fórmula puente que le permita dirigir sin gestionar; en la mayoría sin embargo, asumirá la gestión directa mediante empresa pública y además de ‘nacionalizar’ la actividad, se nacionalizarán las empresas. La ‘concesión’ se configurará, por ello, en la doctrina tradicional como una ‘transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al Estado’; estas actividades no eran intrínsecamente públicas, no eran actividad soberana, no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero habían quedado ‘publicadas’. Por ello, lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad, sino su ejercicio”. (p. 13).

Es importante en este punto reiterar mi parecer, de que el Estado a través de sus instituciones democráticamente establecidas, es el titular de las actividades que la administración realiza para la consecución de los cometidos que se propone, actividades que en algunas circunstancias deben ser prestadas por la iniciativa priva-

da, como habíamos señalado anteriormente, siendo que algunas de ellas no son delegables, como la de la seguridad interna y externa, las relaciones internacionales, las actividades de legislación o la dotación de agua. Para estos casos de delegación como señalamos en líneas anteriores, una de las figuras jurídicas más usadas en el mundo administrativo es la concesión. En este punto además cabe recordar que a partir de Rafael Bielsa, los autores argentinos, Miguel Marienhof por ejemplo, vienen recogiendo la idea de que aquellos servicios públicos cuyo prestador no sea el Estado, son servicios públicos impropios, escuela que no ha tenido mayor desarrollo, debido esencialmente a que se estimó que todo servicio que se brinda a una generalidad de personas puede ser tenido como público, con lo que hasta la actividad económica prestada por el tendero de la esquina a sus vecinos del barrio, de ser actividad comercial, regulada por las normas del derecho privado, pasaría a ser pública, más bien no se ha consolidado en el tiempo.

Roberto Dromi (2006) define con mucha propiedad el concepto de concesión de servicio público:

La concesión de servicio público es el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público, bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona, "concesionario", actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.

La concesión implica a favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, la que sustituye o reemplaza en la prestación pero que conserva las facultades de regulación y control. La delegación convencional

de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas. (p. 631).

La concesión, debe tomarse no sólo como aquella figura jurídico administrativa que se da para los servicios públicos que el Estado o la Administración Pública brindan, sino también para la obra pública o la concesión de uso, como es la explotación de una mina. Ahora bien, es también discutible si en todos los casos la concesión es contrato o es acto, en los casos de la obra, sin lugar a dudas será un contrato, pero en el caso de una licencia de explotación de la cantera, se tratará sin lugar a dudas de un acto, cuestión que se debe dilucidar con más amplitud. En lo demás, esto es en los elementos que utiliza Dromi dentro de su concepción de concesión, es de lo más acertado, así no nos cabe duda que es el Estado con su potestad e imperio, el que otorga a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, la delegación para hacer, no hacer algo que le corresponde por potestad propia al Estado. Nuestro ordenamiento jurídico confiere primordialmente a la ley de Modernización del Estado, la regulación de las concesiones en armonía con los artículos 283 y 316 de la norma fundamental y los principios de descentralización administrativa, conforme se señala en el artículo 227 del Código Político.

Es así como el artículo 69 de la Ley de Modernización del Estado estatuye:

Art. 69.- Las concesiones serán otorgadas al sector privado con el objeto de que este último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente o preste un servicio público a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.

En este contexto, es importante comentar lo que el artículo 6 de la Ley de Modernización del Estado prescribe:

Art. 6.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales.

Nótese que esta norma que a la postre es anterior al texto constitucional del 2008, trae casi los mismos principios y enunciados del Código Político, lo que si debe quedar claro es que al Estado ahora no le es posible delegar las cuestiones de los sectores estratégicos, como vimos en líneas pasadas, sino sólo por excepción y si la Ley así lo prevé, debiendo quedar claro que la constitución ahora ya no establece medio alguno de delegación de potestades, pero los principios si son similares a los que la Ley fundamental da a los servicios públicos.

Por su parte el artículo 41 de la Ley de Modernización del Estado menciona entre las modalidades de delegación a la concesión:

Art. 41.- Delegación.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual “o administrativa” de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y

la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado.

La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.

Este artículo, por cierto vigente hasta la actualidad, está afectado de inconstitucionalidad, las materia de agua, entre ellas riego y saneamiento, así como las de energía eléctrica y telecomunicaciones, están dentro de los denominados sectores estratégicos, los cuales son de competencias, hasta ahora del Estado, habrá que esperar conforme señala el artículo 316 *in fine*, que dice la Ley, al desarrollar este tema de crucial trascendencia para la vida del Estado, pueden ser concesionables. Es importante en el análisis, considerar que gran parte de esta Ley, sino toda a la luz de la nueva constitución dejará de existir y la escuela neoliberal de privatizaciones al menos por largo rato pasará sino al olvido a un segundo plano. Los pronunciamientos de los distintos órganos del poder público se ceñirán a la norma primera y en general pronunciamientos que antes se los tenía como precedentes para formar criterio jurídico habrán perdido todo su vigor, otros como el que pasamos a revisar aún tendrán vigor científico.

Al efecto resulta muy ilustrativa, la consulta formulada por el Ministerio del Ambiente a la Procuraduría General del Estado, con fecha 7 de noviembre de 2006, en la cual se demarca el alcance de los servicios públicos concesionables:

“1.- ¿Es procedente que el Ministerio del Ambiente realice una concesión de obra pública, para la rehabilitación, mantenimiento, explotación y operación de la infraestructura existente en el Área de Recreación El Boliche al tenor de

las disposiciones contenidas en la Ley de Modernización del Estado y el artículo 179 del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente?

2.- En caso de que no sea procedente la concesión de obra pública, sírvase informar si sería factible realizar una concesión de uso de acuerdo con el artículo 129 de la Ley de Modernización.

PRONUNCIAMIENTO:

El objeto que se persigue con la concesión como señala el artículo 69 del reglamento citado, es que el sector privado “por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente o preste un servicio público cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.”.

De manera general, la adopción de las modalidades de concesión de obra pública, de concesión de uso o de servicio público, aplicando para el efecto la Ley de Modernización del Estado y su reglamento, solo sería factible en la medida que los servicios que pretende prestar a través de la delegación al sector privado, sean de aquellos contemplados en los artículos 249 de la Constitución Política y 41 de la Ley de Modernización del Estado”⁴¹.

De la lectura de esta consulta se infiere que la concesión de obra pública procede únicamente en las categorías contempladas en las normas pertinentes contenidas en la en la ley de Modernización del Estado. Del mismo modo se identifica como elemento distintivo de la concesión el riesgo del concesionario, cuya utilidad

⁴¹ OF. PGE. Nro.: 25949 de 04-07-2006, Registro Oficial Suplemento 391, 7 de Noviembre de 2006.

deviene, como apropiadamente señala Dromi (2006), de la retribución de una tarifa pagada por los usuarios o con subvenciones otorgadas por el Estado, o si es el caso ambos medios a la vez. (p. 631).

En este orden de ideas, bien cabe volver sobre el respetado criterio de Dromi (2006) que condensa muy bien la explicación del alcance de la competencia estatal en materia de concesiones:

“El contrato de concesión de servicio público implica la transferencia de prerrogativas, por sustitución de funciones y el reemplazo de sujetos prestadores, y también significa, como vimos la reserva monopólica del Estado en cuanto a la regulación de la prestación. El Estado asume en este contrato dos posiciones, es el sujeto concedente y es regulador y controlante de la gestión.

En este esquema, el poder estatal conserva misiones de limitación (policía), de fiscalización (control), de sanción (corrección), de regulación (ordenación y organización) y de sustitución (en caso de reasumir la prestación)”. (p. 635).

Es decir, el Estado ostenta la prerrogativa para otorgar concesiones de servicios públicos la cual, como afirma Dromi (2006), es correlativa a su jurisdicción para crearlos, de allí que no puedan escindirse sus potestades reguladoras y fiscalizadoras, en las actividades prestacionales en las cuales el particular “sucede a la Administración”, la cual debe precautelar su debida ejecución y su expansión progresiva (Roberto Dromi, Derecho Administrativo, p. 636).

En este orden de ideas resulta orientador el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado ante la consulta formulada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana a la Procuraduría Ge-

neral del Estado, con fecha 14 de Agosto de 2007, en el cual se diferencia la concesión de servicio público respecto a otras modalidades de concesión estatal:

Si la actividad minera que se realiza a consecuencia de la concesión otorgada por el Estado a favor de particulares, constituye un servicio u obra de carácter público.

PRONUNCIAMIENTO:

La normativa que regula este tipo de concesiones está contenida en la Ley de Minería y según lo dispuesto en el primer artículo innumerado después del 26 de dicha ley, la concesión minera puede otorgarse a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras y confiere a su titular el derecho real y exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área, sin otras limitaciones que las señaladas en la Ley de Minería. Los concesionarios están en la obligación de pagar las correspondientes patentes de conservación o producción.

Consecuentemente, al considerar que la concesión otorgada por el Estado Ecuatoriano a los particulares para la ejecución de actividades mineras no constituye concesión de un servicio público ni de una obra pública, no es procedente la aplicación de los artículos 58 de la Ley Orgánica de Aduanas ni del artículo 76 letra a) de su Reglamento, toda vez que la condición para que pueda ingresar mercaderías bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado es la de que éstas sean destinadas a la ejecución de obras o prestación de servicios con instituciones del sector público o con empresas privadas que tengan concesión para la prestación de servicios públicos,

presupuestos que, como se indicó anteriormente, no se cumplen en una concesión minera.

Visto este pronunciamiento, y siguiendo la metodología de Dromi (2006) para abordar el estudio del contrato de concesión de servicio público cabe hacer una transcripción condensada de sus caracteres jurídicos:

Bilateral: La concesión de servicio público es un contrato sinalagmático porque ambas partes se obligan recíprocamente: el concesionario a prestar el servicio y eventualmente a entregar al Estado un porcentaje sobre sus beneficios, y la Administración Pública a permitir que el concesionario perciba de sus usuarios el precio respectivo.

La concesión de servicios públicos, sin lugar a dudas encierra la particularidad de que para su existencia es necesaria la firma de un contrato, por tanto hay dos partes, concedente y concesionario, los mismos de forma mutua se obligan a través de prestaciones y contraprestaciones, siendo como lo hemos señalado de modo insiste que el concesionario se obliga a prestar un servicio a cargo del Estado y el concedente a permitir que el concesionario por dicho servicio reciba una remuneración (tarifa) de los usuarios que hacen uso y por tanto se benefician de dicho servicio. Lo importante es destacar que en la concesión de servicios públicos intervienen dos partes.

Oneroso y conmutativo: Existen contraprestaciones recíprocas de las partes, las que son equivalentes o proporcionales.

Hay que destacar que es muy cierto que el Estado en sí no paga un precio, pero como queda dicho permite que el usuario pague la tarifa o lista de precio que el estado señale, siendo que las contraprestaciones deben ser recíprocas y equitativas, obligando a

que dichos precios sean accesibles al usuario, tal como lo vimos con anterioridad, pero que también la retribución que va a recibir el concesionario a más de ser justa, le permita tener interés en el “negocio”. Lo digo así, porque si bien para el usuario, la Administración Pública y el estado, se trata de un servicio público brindado por un particular, para este particular dicho servicio le representa una inversión a la que debe además de todas las cuestiones de eficiencia, calidad, oportunidad, también espera tener una utilidad.

Intuitu personae: La concesión del servicio público debe ser ejercida personalmente por el concesionario.

La concesión de servicio público se otorga a una persona particular, sea natural o jurídica, que es la que ha resultado seleccionada, generalmente a través de un procedimiento de concurso público, por sus especiales cualidades. Así también debe ser ejercido personalmente por el concesionario, exclusivamente por su cuenta y riesgo. De modo que este contrato no puede ser transferido o cedido sin autorización de la autoridad concedente. Hay que estar a las reglas vistas en vistas en nuestro estudio de autorización, en la parte referidas a la actividad de policía⁴².

Percepción del canon: El canon es una de las obligaciones que pueden ser pactadas a favor de la Administración concedente en la relación contractual concesional. La onerosidad del contrato proviene de haberse determinado un precio por las prestaciones o ventajas que la concesión reporta al concesionario, tomando en consideración el juego

⁴² En el estudio de la autorización de manera expresa dejamos señalando que: el otorgamiento de una autorización, caduca, se resuelve o concluye cuando el permisionario no cumplió las condiciones bajo las que le fue otorgada la autorización (...) La gran cantidad de permisos, autorizaciones y aprobaciones son *intuitu personae*, el permiso de conducción, la autorización de rendir examen atrasado, es a la persona, por tanto cuando ésta deja de existir, mal puede seguir habiendo la autorización, de tal suerte que, este tipo de derechos no son hereditarios. En igual sentido que la concepción que antecede, al momento en el que, la empresa deja de existir, también los derechos que le son atinentes a la misma se extinguen.

obligacional conmutativo y recíproco del contrato. (...) Es una contraprestación de origen voluntario, no surge de una imposición legal. (...) No tiene los caracteres de una carga pública y no puede exigirse sin considerar el juego obligacional, conmutativo y recíproco del contrato en el que fue establecido. (p. 638)".

Tiene derecho el Estado o la administración concedente a percibir un canon, pero no olvidemos que el fin de la concesión no es finalmente obtener "lucro" alguno, sino prestar a través de la iniciativa privada un servicio público a la colectividad y garantizar que el mismo sea de calidad y a precios accesibles y por tanto equitativos, esto es que estén definitivamente al alcance del usuario. Por tanto no hay que perder de vista el sentido teleológico de la concesión.

En conexión con la naturaleza jurídica de la concesión señalada por Dromi (2006), los artículos 6 y 42 de la aún vigente Ley de Modernización del Estado y el artículo 76 del reglamento a la Ley de Modernización, alude a los principios y parámetros por los cuales deben regirse la concepción de esta figura jurídico administrativa:

Art. 6.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales.

que dichos precios sean accesibles al usuario, tal como lo vimos con anterioridad, pero que también la retribución que va a recibir el concesionario a más de ser justa, le permita tener interés en el "negocio". Lo digo así, porque si bien para el usuario, la Administración Pública y el estado, se trata de un servicio público brindado por un particular, para este particular dicho servicio le representa una inversión a la que debe además de todas las cuestiones de eficiencia, calidad, oportunidad, también espera tener una utilidad.

Intuitu personae: La concesión del servicio público debe ser ejercida personalmente por el concesionario.

La concesión de servicio público se otorga a una persona particular, sea natural o jurídica, que es la que ha resultado seleccionada, generalmente a través de un procedimiento de concurso público, por sus especiales cualidades. Así también debe ser ejercido personalmente por el concesionario, exclusivamente por su cuenta y riesgo. De modo que este contrato no puede ser transferido o cedido sin autorización de la autoridad concedente. Hay que estar a las reglas vistas en vistas en nuestro estudio de autorización, en la parte referidas a la actividad de policía⁴².

Percepción del canon: El canon es una de las obligaciones que pueden ser pactadas a favor de la Administración concedente en la relación contractual concesional. La onerosidad del contrato proviene de haberse determinado un precio por las prestaciones o ventajas que la concesión reporta al concesionario, tomando en consideración el juego

⁴² En el estudio de la autorización de manera expresa dejamos señalando que: el otorgamiento de una autorización, caduca, se resuelve o concluye cuando el permisionario no cumplió las condiciones bajo las que le fue otorgada la autorización (...) La gran cantidad de permisos, autorizaciones y aprobaciones son *intuitu personae*, el permiso de conducción, la autorización de rendir examen atrasado, es a la persona, por tanto cuando ésta deja de existir, mal puede seguir habiendo la autorización, de tal suerte que, este tipo de derechos no son hereditarios. En igual sentido que la concepción que antecede, al momento en el que, la empresa deja de existir, también los derechos que le son atinentes a la misma se extinguen.

obligacional conmutativo y recíproco del contrato. (...) Es una contraprestación de origen voluntario, no surge de una imposición legal. (...) No tiene los caracteres de una carga pública y no puede exigirse sin considerar el juego obligacional, conmutativo y recíproco del contrato en el que fue establecido. (p. 638)".

Tiene derecho el Estado o la administración concedente a percibir un canon, pero no olvidemos que el fin de la concesión no es finalmente obtener "lucro" alguno, sino prestar a través de la iniciativa privada un servicio público a la colectividad y garantizar que el mismo sea de calidad y a precios accesibles y por tanto equitativos, esto es que estén definitivamente al alcance del usuario. Por tanto no hay que perder de vista el sentido teleológico de la concesión.

En conexión con la naturaleza jurídica de la concesión señalada por Dromi (2006), los artículos 6 y 42 de la aún vigente Ley de Modernización del Estado y el artículo 76 del reglamento a la Ley de Modernización, alude a los principios y parámetros por los cuales deben regirse la concepción de esta figura jurídico administrativa:

Art. 6.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales.

Art. 46.- Contratos.- Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.

En concordancia con tales normas y de modo más preciso el artículo 76 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado estatuye:

Art. 76.- El concesionario mientras esté en vigencia el contrato de concesión tendrá derecho a recibir una retribución económica y utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo.

Cuando el esquema de retribución sea mediante tarifas pagadas por los usuarios del servicio éstas serán ajustadas de acuerdo con las estipulaciones previstas en el respectivo contrato de concesión.

El esquema o ecuación económico - financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario.

Estas normas formarán parte esencial de cada base y contrato de concesión.

Del análisis de estas normas se extrae el carácter conmutativo y recíproco del contrato, apreciándose el factor de riesgo en el que ambas partes se rigen a contraprestaciones proporcionales, prohibiéndose al Estado la adopción de medias unilaterales, ni a título de ley, que modifiquen las condiciones del contrato, en especial su equilibrio económico. No es precisamente entonces lo económico lo que debe guiar al contrato de concesión de servicios públicos, sino la utilidad, eficiencia, eficacia, sentido de universalidad, accesibilidad y calidad y cuanto al esquema económico financiero, como en todos los contratos se debe respetar el mismo, para garantizar la continuidad del servicio, considerando además que las tarifas de los servicios públicos no son inalterables o inmutables, sino que se deben adecuar al sentido de la realidad social y política de quienes van a acceder a dicho servicio, caso concreto el de la telefonía móvil.

Las tarifas de las concesionarias, al parecer son bastante elevadas, frente a la calidad del servicio que brinda, considerando que siempre es el Estado quién impone la tarifa, para lo que debe apreciar de modo preeminente, todas las condiciones y supuestos antes analizados.

La actividad de fomento: estudio de las principales técnicas

En el marco del papel de la Administración Pública de satisfacer el interés público la actividad de fomento se erige como un mecanismo destinado a estimular o desalentar situaciones, regímenes o conductas que gravitan en su campo de acción, obligación de promocionar el bienestar general constante en los deberes primordiales del Estado (Art. 3 en sus números 5 y 6 CPE), de modo esencial el artículo 276 de La Ley Fundamental es el que determina las políticas del desarrollo del Estado⁴³. No cabe duda

⁴³ Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

que los propósitos que encierran estas disposiciones nos llevan a sustentar el verdadero sentido de nación, justa solidaria, equitativa y participativa, en procura del desarrollo del ser social, el tema es que los fines ya están allí escritos, ahora y lo más importante es cómo alcanzar que dichas intencionalidades se plasmen y concreten y en mi parecer aquello puede producirse solo con la conducción de un acertado gobierno de la cosa pública, esto es con sensatez, maduras, visión de futuro, cuestiones que no tienen mayor costo económico ni precio alguno, esas son las políticas de fomento, aquellas que con poco alcanzan mucho.

Con mucha sencillez manifiesta Dromi (2006) que *“los medios de fomento pueden clasificarse en positivos y negativos. Son positivos los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas, y negativos, los que constituyen obstáculos o cargas impuestas para dificultar, por medios indirectos, las actividades contrarias a las que se quiere fomentar”*. (p. 1027).

(...) 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.

6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.

Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.
2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.
3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público.
4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.
5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial.
6. Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado.
7. Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.

Resulta elemental identificar como las principales herramientas de fomento administrativo el medio jurídico y el medio económico; por el primero se conceden condiciones privilegiadas a través de la expedición de normas, a determinados grupos sociales, especialmente vulnerables, por ejemplo ancianos o discapacitados; por el segundo, las ventajas económicas se traducen tanto en auxilios directos los cuales están constituidos principalmente por la subvención, como en auxilios indirectos los cuales se componen de “exenciones fiscales, desgravaciones y protección aduanera”. (p. 1028).

Son innumerables las medidas de fomento administrativo adoptadas cotidianamente por la Administración Pública. El propio artículo 276 de la norma fundamental señala de modo muy claro los compromisos del Estado dentro de la economía construyendo un sistema justo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios que el desarrollo brinda a los cuales nos referimos anteriormente. Un ejemplo decidor también constituye el artículo 48 número 2 del Código Político que consagra la obligatoriedad del Estado de garantizar los derechos de las personas con discapacidad las cuales serán beneficiarios de *“La obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias que les permita iniciar y mantener actividades productivas, y la obtención de becas de estudio en todos los niveles de educación”*.

Estos ejemplos evidencian que los tributos constituyen herramientas fundamentales de fomento administrativo; en tal sentido el artículo 300 de la Constitución prescribe que *“La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables”*.

Tal disposición constitucional patentiza con mucha claridad la importancia de los tributos como herramientas de fomento administrativo incidiendo principalmente en la política económica

general en la cual se desenvuelven innúmeros agentes. Cabe puntualizar que el deber del Estado en relación a la protección del consumidor y del medio ambiente, así como el de estimular el desarrollo de la pequeña y mediana empresa, la vivienda⁴⁴, la agricultura⁴⁵ etc.; devienen de sus deberes primordiales contenidos en

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador:

Art. 376.- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador:

Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado:

1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria.
2. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos.
3. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.
4. Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.
5. Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción.
6. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas.
7. Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.
8. Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiadas para garantizar la soberanía alimentaria.
9. Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización.
10. Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.
11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.
12. Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente.
13. Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos.
14. Adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores y productoras.

el artículo tercero de la Carta Magna. Es de notar el giro que nuestro Estado da en el tratamiento y profundización de temas como la seguridad alimentaria y la vivienda, cuestiones que antes no constaban en los contenidos que ahora mantiene la Carta Fundamental y que de suyo obligan a las autoridades y agentes públicos en general y a quienes manejan la cosa pública a garantizar el acceso a estos dos bienes, necesarios para vivir con dignidad, para ello se deben aplicar las políticas de fomento y fortalecimiento a los sectores medios de la economía, como los artesanos, la pequeña industria y lograr que la economía comunitaria y cooperativa logre un desarrollo adecuado, lo que se obtendrá tan solo con seguridad jurídica y estabilidad en todos los sentidos.

Finalmente, es importante referirnos a los tratados internacionales de los cuales el Ecuador es signatario, como por ejemplo los atinentes a la creación y funcionamiento de la Organización Mundial de Comercio y la Comunidad Andina de Naciones por ejemplo, en virtud de las cuales el Estado se encuentra sometido a reglas que restringen su capacidad de otorgar beneficios, así como determinar obstáculos o barreras comerciales al comercio, por lo que las medidas de actividad de fomento no pueden mirarse como ilimitadas o circunscritas únicamente a la voluntad interna de los países.

Por último se debe anotar que el impulso que da el Estado a las actividades de fomento, sin lugar a dudas permite un desarrollo armónico de la nación toda y coadyuva de manera rigurosa a alcanzar un reparto equitativo de la riqueza y a eliminar desigualdades.

Art. 282.-El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierras, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra.

Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes.

El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.

La gestión industrial o económica de la Administración: presupuestos constitucionales y organización administrativa

Cabalmente la empresa pública constituye un modo de intervención del Estado en la economía. Dromi (2006) señala que podemos hablar de *“empresas pública como género organizativo de la administración económica en sentido amplio integrado por un diversidad de especies (empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades mixtas, etcétera)”*. (p. 1038).

Se denomina *“empresa pública a toda empresa en sentido económico (organización de medio materiales y personales para realizar determinada explotación económica), que se encuentra en el sector público (no sólo estatal de la economía)”*. (Roberto Dromi, Derecho Administrativo. p. 739).

La particularidad de este tipo de organizaciones radica en que su régimen se somete al derecho privado en todas *“sus actividades específicas (comerciales e industriales), y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que estuviere a su cargo. Es decir que la normativa prevé la duplicidad de régimen fundada en la distinción entre actividades específicas y actividades de servicio público de la empresa, que se regirán por el derecho privado y el derecho público”*. (Roberto Dromi, Derecho Administrativo, p. 740).

En este contexto, el artículo 245 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que *“la economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará”*.

Lo fundamental en el entendimiento del régimen de las sociedades del Estado radica en que sus relaciones con terceros se sujetan al Derecho Privado y, en sus relaciones con la Administración Pública, se someten al Derecho Público.

Un buen ejemplo de aquello se aprecia en la Ley de Régimen de Sector Eléctrico, que en su artículo 26⁴⁶ instituye a TRANS-ELECTRIC S.A. como compañía de transmisión eléctrica de capital público, perteneciente al Fondo de Solidaridad, sujeta al régimen jurídico de las personas de Derecho Privado y las disposiciones de dicho cuerpo legal y de la Ley de Compañías.

De manera que, dicha compañía se sujeta por disposición de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico a las disposiciones de la Ley de Compañías y por consiguiente, puede ejercer con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad privada, garantizada en el numeral 18 del artículo 23 de la Constitución Política de la República⁴⁷. Régimen y libertad que se encuentra garantizado, incluso por la delegación para la prestación de servicios públicos que otorga el artículo 249 del Código Político previamente transcrito.

Correlativamente en sus relaciones con el Derecho Público, es patente la relativa al régimen de control de la Contraloría General del Estado de las personas jurídicas con participación estatal de conformidad al artículo 4 de su ley orgánica⁴⁸. Es decir el régimen-

⁴⁶ Art. 26.- Régimen de las empresas de generación; transmisión y distribución.- La generación, transmisión o distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas, y establecidas en el país, de conformidad con esta Ley y la de Compañías. Las compañías a las que se refiere esta disposición, independientemente de su estructura accionaria, se someterán para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, al régimen legal aplicable para las personas jurídicas de derecho privado.

⁴⁷ Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 18. La libertad de contratación, con sujeción a la ley.

⁴⁸ Art. 4.- Régimen de control de las personas jurídicas con participación estatal.- Para todos los efectos contemplados en esta Ley, están sometidas al control de la Contraloría General del Estado, las personas jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los

de fiscalización de los recursos públicos los cuales conforman el capital de las empresas públicas se rige, obviamente, por el Derecho Público.

En este esquema la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de abril de 1996, a propósito de la facultad concedida a las Municipalidades según se observa en el artículo 194 de la Ley de Régimen Municipal, de constituir empresas públicas para la prestación de servicios públicos y señalando que los entes públicos *"no son exclusivos en la prestación de servicios públicos para cubrir la necesidades de la colectividad"*, en el análisis del régimen de la empresa eléctrica de Azogues, concluyó:

La Empresa Eléctrica Azogues Compañía Limitada al ser un ente con personería jurídica sujeta a la Superintendencia de Compañías no constituye una empresa de Derecho Público para dársele la categoría de administración de excepción. Por lo tanto, la exigibilidad económica del pago que requiera la empresa a sus consumidores constituye un precio que, de ningún modo, se puede considerar un tributo.

La normativa, jurisprudencia y doctrina analizada permiten evidenciar con claridad la fisonomía de la empresa pública cuyo advenimiento se impuso por la apertura de la competencia de

bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualesquiera sea su monto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política de la República.

Se evitará la superposición de funciones con otros organismos de control, sin perjuicio de estar obligados de actuar en el marco de sus competencias constitucionales y legales, de manera coordinada, conjunta y/o simultánea.

Cuando el Estado o sus instituciones hayan delegado a empresas privadas la ejecución de obra pública, la explotación y aprovechamiento de recursos públicos mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaria, de certificados de aportación o de otros títulos o derechos, o por cualquier otra forma contractual de acuerdo con la ley, la vigilancia y control de la Contraloría General del Estado no se extenderá a la persona o empresa delegataria, pero sí, a la gestión referida a esa delegación por parte de la institución del Estado delegante, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que la Contraloría General del Estado pueda determinar, conforme a lo establecido en esta Ley.

sectores reservados con exclusividad al Estado que exigía la creación de un nuevo marco regulatorio que lograra contener las tensiones tradicionalmente suscitadas entre *“el protagonismo del Estado y el mercado y el ejercicio de la libertad individual”*. (Gaspar Ariño, 2004).

En ese sentido, nuestro modelo de Estado proclamado como una economía social de mercado busca equilibrar la competencia y participación de los sujetos en el mercado en la gestión de servicios públicos sin renunciar a la titularidad estatal de éstos ni a su control ni regulación en aras de la protección de las garantías de los ciudadanos.

No obstante, Ariño (2004) destaca con crudeza el fracaso de las tradicionales justificaciones de gestión pública pues en sus precisas palabras manifiesta que *“ni los monopolios en la provisión de ciertos servicios públicos son tan ‘naturales’ (son más bien ‘legales’), ni la empresa pública ha resultado ser la mejor forma para corregir las fallas del mercado (existen mecanismos más eficaces de fomento, de regulación, fiscales o arancelarios), ni ha servido para promover la competencia (más bien al contrario, donde entraba la empresa pública se falseaba la competencia), ni ha sido instrumento de redistribución de rentas (más bien ha creado en su entorno grupos privilegiados de ‘buscadores de rentas’ que viven a su sombra), ni en fin, ha desarrollado con eficiencia finalidades de protección de empleo, desarrollo regional o promoción de la industria”*. (p. 12).

La desastrosa realidad de la empresa pública descrita por Ariño se ha reproducido, salvo honrosas excepciones, análogamente en nuestras empresas públicas, convertidas en apetecidos botines de chantaje, clientelismo y retribución de favores de los políticos de turno.

El mismo autor (2004) desentraña los principales males que atacan las empresas públicas:

“(...) la empresa pública ha acreditado algunos vicios *inmanentes* a la institución (algo no circunstancial y, por tanto, le acompañarán siempre), como son; la indefinición y falta de objetivos claros (a veces no existen y otras resultan contradictorios), la inevitable politización de su entorno (fines, gentes nombramientos), la movilidad e insuficiente profesionalidad de sus dirigentes, la descapitalización y alto endeudamiento que frecuentemente incurre, la ocupación y el poder sindical que genera en ella graves disfunciones en su gestión, la inflación de plantillas que inevitablemente la acompaña y, finalmente la inmortalidad de que están revestidas: ni quiebran, ni se liquidan jamás. Todos estos vicios se perpetúan de un gobierno a otro, de un régimen político a otro y de un país a otro”. (p. 13).

Por consiguiente, la razón de ser de las empresas públicas se ha venido desvirtuando por la prevalencia de los criterios políticos sobre los económicos y financieros en la gestión y dirección de dichas empresas que se traduce en la imposibilidad de ponderar con certeza técnica el verdadero precio de sus tarifas en desmedro del usuario quien es a la final el que enfrenta los costos de la ineficiencia, condenable situación auspiciada por la ausencia de responsabilidad y especialmente riesgo en esta modalidad empresarial, que termina por endosar al Estado las cargas que suceden a tales desafortunados manejos.

La planificación administrativa: naturaleza y efectos

A lo largo del desarrollo del libro hemos visto que la estructura y organización administrativa del Estado con la correlativa distribución orgánica del poder se asienta en la búsqueda del cumplimiento de sus deberes primordiales orientados a satisfacer las necesidades públicas. Partiendo de esta premisa, la consecución de los objetivos del Estado debe estar sustentada en una debida planificación administrativa.

Dromi (2006) conceptualiza a la planificación como *“la técnica instrumental y operativa que indica el proceso idóneo que debe seguirse, respecto de acciones futuras, orientadas a la concreción de objetivos por medios óptimos”*. (p. 1014).

En este contexto se identifica al diseño del presupuesto, como instrumento de capital importancia en la planificación y cumplimiento de las metas del Estado. Nuestra Carta Fundamental impone los lineamientos y restricciones de dicho presupuesto:

Art. 259.- El presupuesto general del Estado contendrá todos los ingresos y egresos del sector público no financiero, excepto los de los organismos del régimen seccional autónomo y de las empresas públicas.

El Congreso Nacional conocerá también los presupuestos de las empresas públicas estatales.

No se podrá financiar gastos corrientes mediante endeudamiento público. Ningún organismo público será privado del presupuesto necesario para cumplir con los fines y objetivos para los que fue creado.

El ejecutivo informará semestralmente al Congreso Nacional sobre la ejecución del presupuesto y su liquidación anual.

Sólo para fines de la defensa nacional se destinarán fondos de uso reservado.

Además se identifica en el texto constitucional la determinación de parámetros obligatorios encadenados a la formulación del Presupuesto General del Estado, como los que constan en sus

artículos 46 (salud)⁴⁹, 71 (educación)⁵⁰, 78 (educación superior)⁵¹, 231⁵² y 232⁵³ (organismos del régimen seccional autónomo). Adi-

⁴⁹ **Art. 46.-** El financiamiento de las entidades públicas del sistema nacional de salud provendrá de aportes obligatorios, suficientes y oportunos del Presupuesto General del Estado, de personas que ocupen sus servicios y que tengan capacidad de contribución económica y de otras fuentes que señale la ley.

La asignación fiscal para salud pública se incrementará anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central. No habrá reducciones presupuestarias en esta materia.

⁵⁰ **Art. 71.-** En el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, para la educación y la erradicación del analfabetismo. La educación fiscomisional, la particular gratuita, la especial y la artesanal, debidamente calificadas en los términos y condiciones que señale la ley, recibirán ayuda del Estado. Los organismos del régimen seccional autónomo podrán colaborar con las entidades públicas y privadas, con los mismos propósitos, sin perjuicio de las obligaciones que asuman en el proceso de descentralización.

⁵¹ **Art. 78.-** Para asegurar el cumplimiento de los fines y funciones de las instituciones estatales de educación superior, el Estado garantizará su financiamiento e incrementará su patrimonio. Por su parte, las universidades y escuelas politécnicas crearán fuentes complementarias de ingresos y sistemas de contribución.

Sin perjuicio de otras fuentes de financiamiento de origen público y privado o alcanzadas mediante autogestión, las rentas vigentes asignadas a universidades y escuelas politécnicas públicas en el presupuesto general del Estado, se incrementarán anualmente y de manera obligatoria, de acuerdo con el crecimiento de los ingresos corrientes totales del gobierno central.

⁵² **Art. 231.-** Los gobiernos seccionales autónomos generarán sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de solidaridad y equidad.

Los recursos que correspondan al régimen seccional autónomo dentro del Presupuesto General del Estado, se asignarán y distribuirán de conformidad con la ley. La asignación y distribución se regirán por los siguientes criterios: número de habitantes, necesidades básicas insatisfechas, capacidad contributiva, logros en el mejoramiento de los niveles de vida y eficiencia administrativa.

La entrega de recursos a los organismos del régimen seccional autónomo deberá ser predecible, directa, oportuna y automática. Estará bajo la responsabilidad del ministro del ramo, y se hará efectiva mediante la transferencia de las cuentas del tesoro nacional a las cuentas de las entidades correspondientes.

La proforma anual del presupuesto general del Estado determinará obligatoriamente el incremento de las rentas de estos organismos, en la misma proporción que su incremento global.

⁵³ **Art. 232.-** Los recursos para el funcionamiento de los organismos del gobierno seccional autónomo estarán conformados por:

1. Las rentas generadas por ordenanzas propias.
2. Las transferencias y participaciones que les corresponden. Estas asignaciones a los organismos del régimen seccional autónomo no podrán ser inferiores al quince por ciento de los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central.
3. Los recursos que perciben y los que les asigne la ley.
4. Los recursos que reciban en virtud de la transferencia de competencias.
5. Se prohíbe toda asignación discrecional, salvo casos de catástrofe.

cionalmente es importante observar lo prescrito en el artículo 258 de la Constitución en lo relativo a la proforma del presupuesto.

En ese sentido, se aprecia que la planificación del presupuesto general del Estado está sujeta a restricciones en virtud de la priorización del Estado al desarrollo de las áreas citadas. Dromi (2006) enseña que la planificación es fundamental “para obtener mayor producción y más equitativa distribución de la riqueza” y su aplicación exige determinadas condiciones:

“1) Que haya elementos de racionalidad que posibiliten la mejor utilización de recursos disponibles.

2) Que los objetivos sean debidamente explicitables, pudiéndoselos cuantificar. En el supuesto que se dé una variada gama de objetivos, éstos deberán permitir su comparación sobre la base de un criterio homogéneo.

3) Que en la relación de complementación entre diversos objetivos exista una jerarquización y ordenamiento prioritario.

4) Que la acción que haya de realizarse permita utilizar instrumentos alternativos para concretar un mismo objetivo.

La planificación debe ser lo suficientemente flexible como para poder introducir los ajustes que correspondan. Sólo cuando se planifica adecuadamente se logra el aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles”. (p. 1014).

Concomitantemente el mismo autor (2006) señala como los principios básicos de la planificación, la racionalidad, la previsión, la universalidad, la unidad, la continuidad y la inherencia (implica el carácter técnico de la planificación por encima del carácter ideológico- doctrinario, pues aquella “no es exclusiva de ningún sistema político en particular”. (Dromi, pg. 1016)

Demostrado que no puede existir gestión pública sin planificación, nuestro Código Político en su artículo 254 establece:

Art. 254.- El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, fijará metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse en forma descentralizada, y orientará la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado.

Se tendrán en cuenta las diversidades de edad, étnico - culturales, locales y regionales y se incorporará el enfoque de género.

El sistema nacional de planificación por tanto debe regirse a los principios de descentralización administrativa y, sus lineamientos tienen carácter vinculante para el sector público, desde luego respetando las preasignaciones presupuestarias consignadas en la Constitución y en las leyes, como por ejemplo la contenida en la Ley de Distribución del 15% del Presupuesto General del Estado.

Del mismo modo resultan muy demostrativas y numerosas las obligaciones que respecto a planificación se prescriben en la Ley Orgánica de Régimen Municipal. El artículo 189 de la mentada ley, por ejemplo dispone:

Art. 189.- Los planes de acción y programas de las empresas municipales guardarán estrecha relación con el sistema nacional de planificación y con los planes y programas del municipio. Los representantes del gobierno y administración municipales cuidarán de la coordinación y complementación de unos y otros.

Sin perjuicio de la autonomía municipal, la planificación administrativa debe tener un norte común que permita la toma de decisiones en base a criterios técnicos apoyados en herramientas de planificación metodológica. En ese sentido, garantizar la existen-

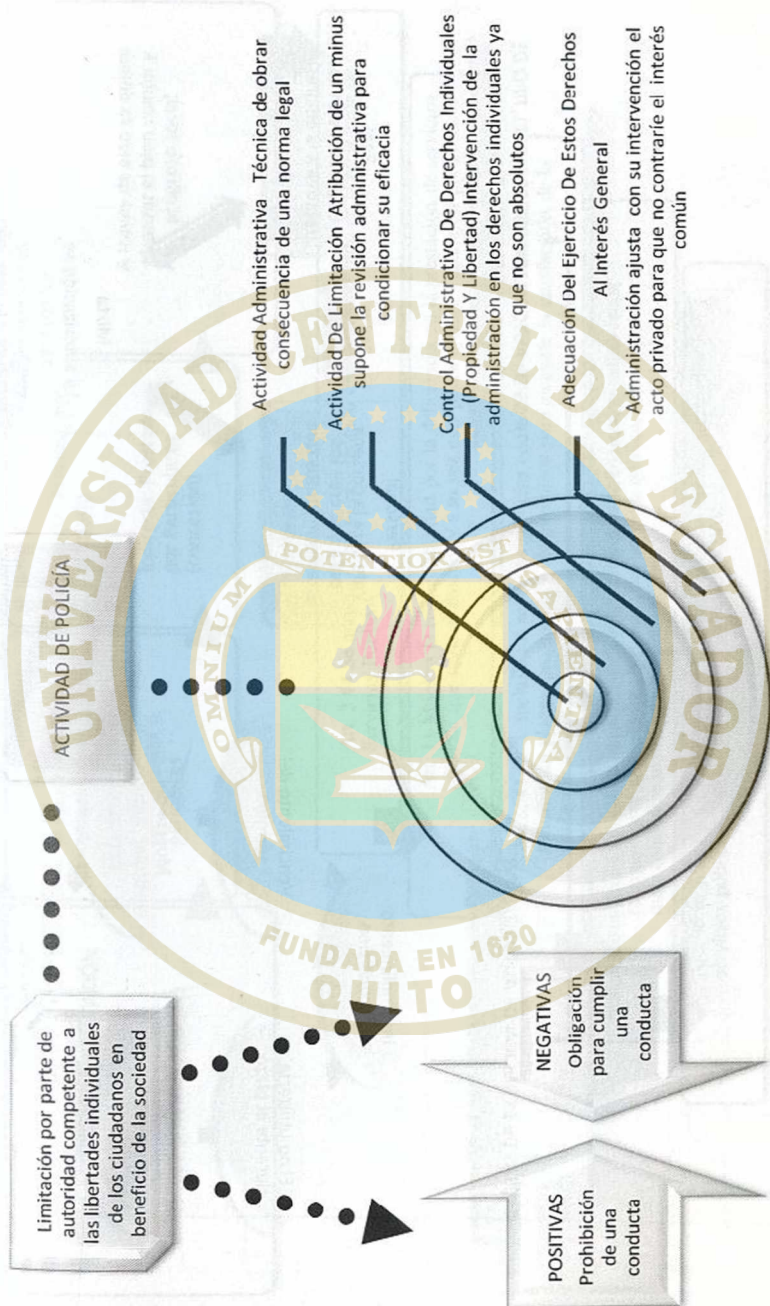
cia de un organismo de estadísticas y censos con credibilidad es fundamental en un sistema de planificación serio y responsable, protegido de la coyuntura y manipulación política que permita avanzar en la realización de los objetivos sociales en base a la interpretación de datos certeros. Un buen ejemplo de aquello sería la cooperación necesaria entre el organismo regulador de la educación superior con el de estadísticas y censos a fin de impulsar la creación de carreras que coadyuven al fomento de áreas no explotadas por la falta de profesionales y paralelamente, restrinjan el crecimiento de profesiones ya saturadas, en salvaguarda no solo del interés público, sino de los propios estudiantes que una vez graduados pasan a formar las largas filas del desempleo.

Finalmente la planificación debe buscar de modo progresivo la participación social de dicho proceso como un mecanismo de acción compartida lo que permite que la ejecución de los planes de gobierno, nacionales y locales, se transparenten.

A manera de colofón de este capítulo conviene citar el sencillo pero significativo pensamiento de Dromi (2006) en torno a la participación en la planificación:

La participación es un requisito fundamental para que los planes no se limiten a un contenido y nivel puramente técnicos, sino que sean la expresión de la voluntad de hacer de un pueblo, como parte de la dinámica transformadora de un país. (p. 1020).





AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Limitación al libre ejercicio de derechos individuales para salvaguardar el orden social

CAUSAS DE EXTINCIÓN DE AUTORIZACIÓN

Incumplimiento de condición

El no utilizarla durante el plazo

Revocación

Fin de la empresa

Muerte del titular (intuito personae)

Vencimiento del término

TIPOS DE AUTORIZACIONES SEGÚN EL TIPO DE DERECHO

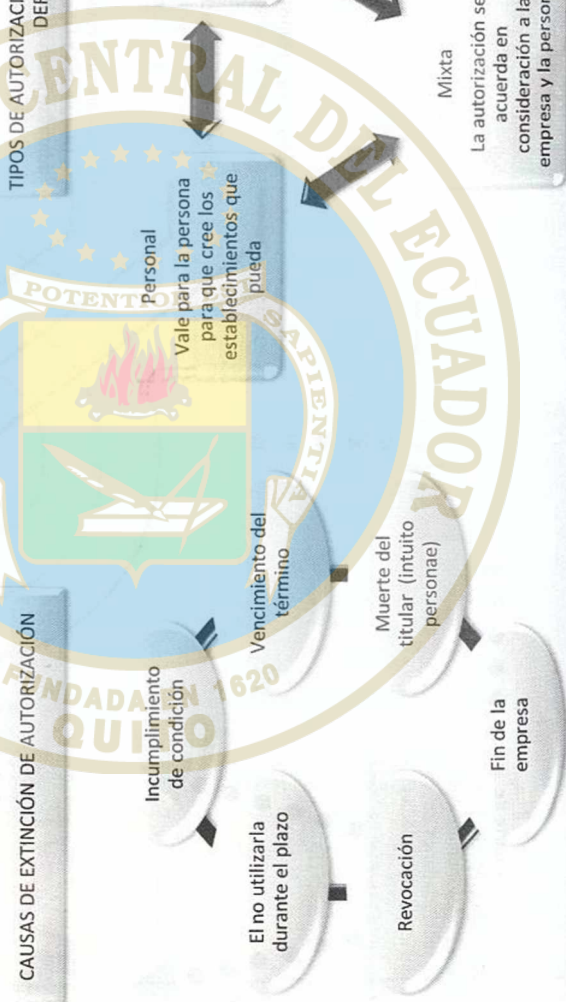
Personal
Vale para la persona para que cree los establecimientos que pueda

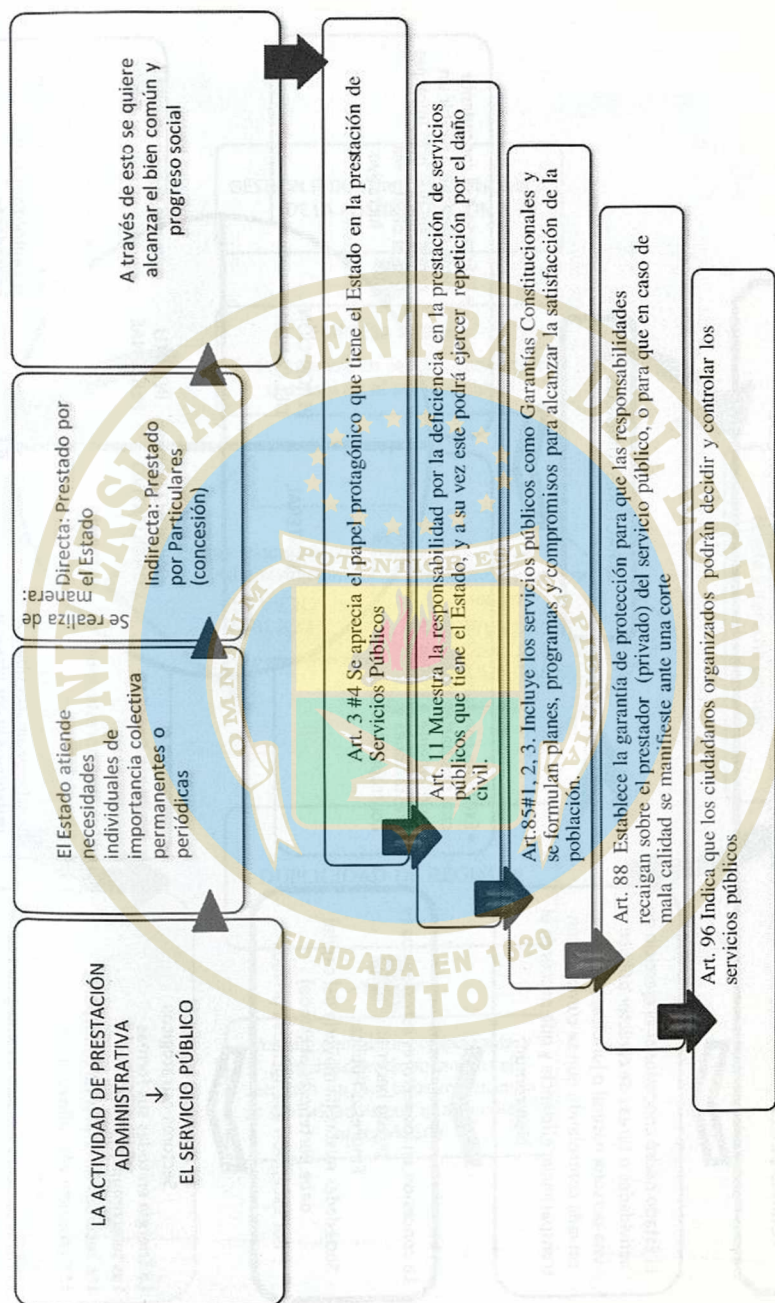
Real

La autorización es relativa a la empresa

Mixta

La autorización se acuerda en consideración a la empresa y la persona





FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; EN PARTICULAR, LA CONCESIÓN DE SERVICIO

El Estado podrá concesionar el ejercicio de actividades o tareas de carácter público a una persona natural o jurídica, pública o privada controlando que se cumplan con transparencia, eficiencia y que procuren el bien común.

La concesión en los sectores estratégicos se puede hacer a:

- Empresas Públicas
- Sociedades mixtas (la mayoría del capital debe pertenecer al Estado)

Por excepción a la iniciativa privada

Sectores estratégicos

La Energía en todas sus formas
Las telecomunicaciones
Los recursos naturales no renovables
El transporte y la refinación de hidrocarburos
La biodiversidad y el patrimonio genético
El espectro radioeléctrico

CARACTERES JURÍDICOS

• Existe un contrato por el cual dos partes se obligan mutuamente a través de prestaciones y contraprestaciones

• El Estado o el concedente tiene derecho a recibir un canon sin que esto implique que el objeto sea lucrativo

PERCEPCIÓN
DEL CANON

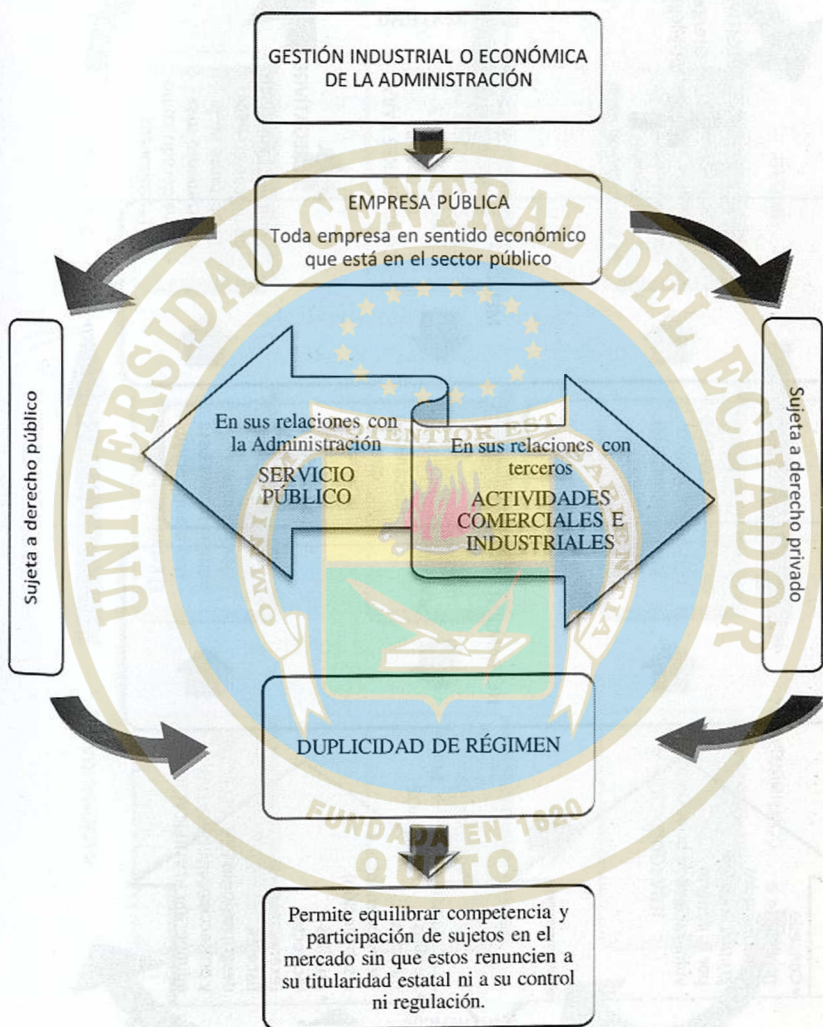
BILATERAL

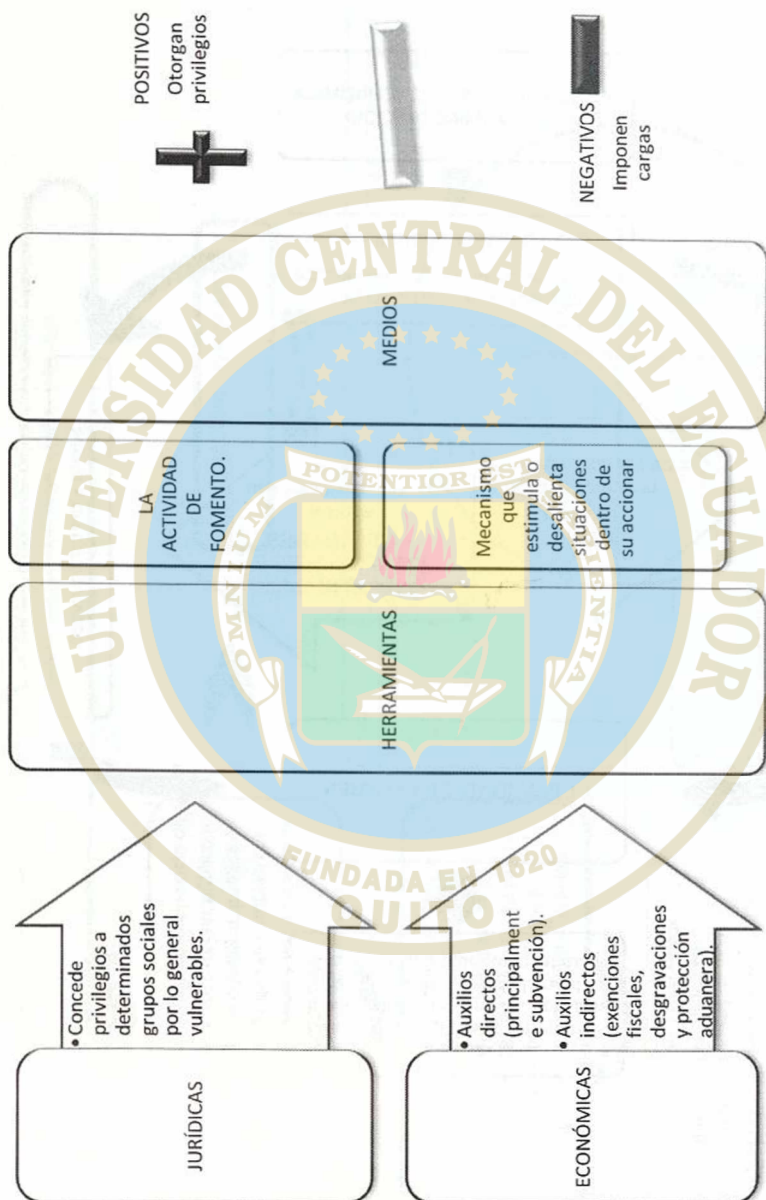
ONEROSO Y
CONMUTATIVO

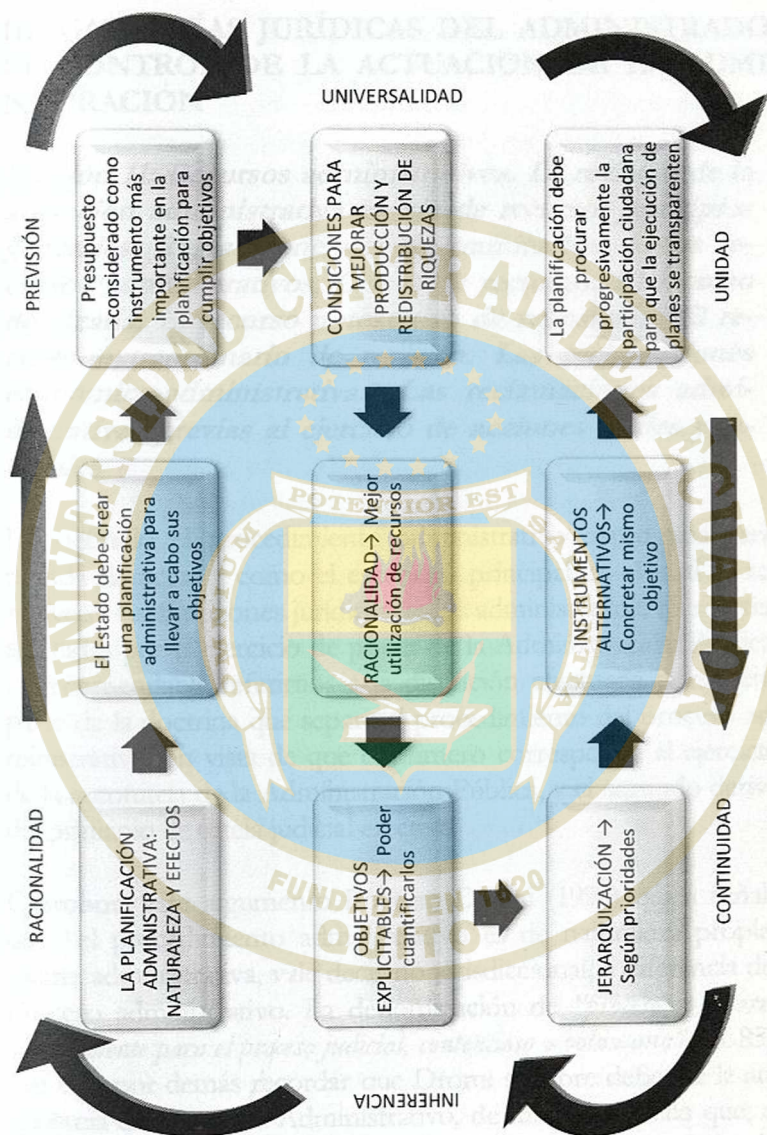
INTUITU
PERSONAE

La concesión se ejerce exclusivamente; es decir, que no se puede transferir sin autorización del concedente

• Las contraprestaciones son recíprocas y equitativas para que los precios sean accesibles al usuario y a la vez ofrezcan utilidad al particular









III. GARANTÍAS JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO: EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Lección 11: Recursos administrativos. La revisión de la actuación administrativa en vía de recurso: principios generales. Reglas generales de tramitación de los recursos administrativos. Clases de recursos. El recurso de alzada. El recurso potestativo de reposición. El recurso extraordinario de revisión. Las reclamaciones económico-administrativas. Las reclamaciones administrativas previas al ejercicio de acciones civiles y laborales

He definido el procedimiento administrativo como una serie reglada de actos y como el escenario principal en el cual se resuelven⁵⁴ las situaciones jurídicas de los administrados, que se ven afectadas por el ejercicio de poder de la Administración Pública, es recomendable referirnos a la distinción efectuada por buena parte de la doctrina que separa al procedimiento del proceso administrativo, en vista de que el primero corresponde al ejercicio de la autotutela de la Administración Pública, y el segundo deriva del principio de tutela judicial efectiva.

Corroboro este argumento Roberto Dromi (1998) quien señala que “el procedimiento administrativo es de naturaleza propiamente administrativa, vale decir no jurisdiccional, a diferencia del proceso administrativo. La denominación de “proceso se reserva estrictamente para el proceso judicial, contencioso o voluntario”. (p. 85). No está por demás recordar que Dromi siempre defiende la autonomía del Derecho Administrativo, de mi parte señalo que, el procedimiento administrativo siempre busca restablecer la legali-

⁵⁴ Se debe tener presente que, mediante resolución administrativa, se solventan todas las cuestiones que afecten a los administrados, que pueden tener carácter erga omnes o inter partes, según sea de carácter general o contenga una situación de orden general

dad y que el daño causado al administrado por las malas actuaciones de la autoridad sea resarcido, reparado o indemnizado, con lo que, queda claro que no se quiere llegar a la verdad de los hechos, sino a la realidad del derecho en sus dos sentidos, esto es en el orden objetivo y en el orden sustantivo, esto es el derecho o norma afectada debe ser restablecida y el derecho del ciudadano recuperado, de tal suerte que el remedio procesal administrativo pone límites al poder de la autoridad, como bien lo señala García de Enterría, como pasamos a ver a continuación.

A su vez, García de Enterría (2005) en lo concerniente al ejercicio de las herramientas conferidas al administrado, para hacer valer sus derechos en sede administrativa, concibe al sistema de recursos contra los actos y disposiciones emanados de la Administración como *“un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma”*. (Tomo II, p. 452). Nótese que los efectos se traducen en la resolución que se dicta se puede anular, modificar o reformar el acto que la administración dicta.

En último término y presidiendo el sistema de garantías del que se a la actuación administrativa, el mismo autor identifica, al control jurisdiccional, del cual corresponde a los Jueces y Tribunales pronunciarse de modo definitivo sobre la legalidad del obrar administrativo.

Sobre los recursos en sede administrativa, la nota característica conforme García de Enterría, radica en *“su finalidad impugnatoria, tanto de los actos como de las disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de las peticiones, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las quejas (mal llamadas recursos de queja con anterioridad a la LPA), que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los efectos*

de tramitación a que se refieren y, en especial, los que supongan la paralización de los plazos preceptivamente señalados u omisión de los trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto". (Tomo II, p. 526).

Nótese que el autor con quien comparto opinión, diferencia lo que es una petición o solicitud, puesto que esa activación de parte del ciudadano hacia la administración, lo que tiene como efecto es la producción de un acto. De una parte, y de otra, se deja claro que la queja igual que la petición no impugna ni procura la revocatoria del acto administrativo, tanto la solicitud, petición o queja lo que persiguen es que el trámite se de ceñido a derecho y dentro de los plazos preestablecidos. Por fin el recurso lo que hace es impugnar a los actos contrarios a derecho.

Como revisamos en el capítulo IV, uno de los principios básicos del acto administrativo y por tanto característica intrínseca de dicha figura jurídico administrativa, es la presunción de legitimidad y como se dijo en aquella ocasión el punto de contrapartida es la garantía al ciudadano que se sienta afectado por dicho acto de poder impugnarlo, cuestión distinta a la petición, solicitud o queja que lo único que persiguen es la emanación de un nuevo acto administrativo que debe ser dictado conforme a los procedimientos y plazos que la norma ha preestablecido.

Rasgo característico del procedimiento administrativo constituye la doble condición de juez y parte que reúne la Administración Pública, lo cual le permite autotutelar sus actuaciones a través del enderezamiento en su propia sede, de conductas contrarias a Derecho. Por tanto, resulta inobjetable la conveniencia de la aplicación de este sistema de control tanto en beneficio de la Administración Pública como de los administrados, pues por un lado se abre la posibilidad de reducir la conflictividad contencioso-administrativa y por el otro, se cuenta con la oportunidad de tutelar los derechos de los administrados de forma expedita.

En este ámbito, puede apreciarse que la Administración Pública no actúa en el ejercicio de potestades jurisdiccionales y por tanto la emisión de un acto administrativo definitivo no puede asimilarse a una sentencia; es decir, en este ámbito se ejerce una función administrativa. Por ello es importante acentuar que la recurribilidad jurisdiccional de las decisiones emanadas de los poderes públicos constituye una verdadera garantía del debido proceso, proyectado en el derecho a la defensa y reconocida de modo expreso en la Norma Primera. En este orden de ideas, cabe recordar que el procedimiento administrativo se afina en el ejercicio de una función administrativa, independientemente de la naturaleza del órgano que la desempeña, en tanto y en cuanto la norma jurídica le hubiere conferido el ejercicio de una potestad pública.

En este contexto, luce como uno de los rasgos más nítidos del procedimiento administrativo, su carácter contradictorio que primordialmente entraña, que uno de los sujetos inmersos en la controversia "*revista la calidad de sujeto público (estatal o no estatal)*", pero como bien afirma Dromi (1999), podría darse el caso de presentarse en un procedimiento intereses contrapuestos entre particulares interesados, que invoquen un derecho subjetivo público (concursos, licitaciones públicas, autorizaciones, permisos), situación ante la cual, la Administración está obligada a asegurar la participación igualitaria de los interesados. (El Procedimiento Administrativo, p. 91).

En el capítulo tercero, se abordó con suficiencia los principios del procedimiento administrativo el cual fundamentalmente, debe regirse por los principios de celeridad, economía en su tramitación e informalismo, siempre interpretados a favor de los administrados y conjugados de modo irrestricto con los principios del debido proceso.

A su vez, el procedimiento administrativo, en palabras de Dromi (1999), involucra el "*derecho-deber de participación y colaboración en*

la preparación, impugnación y fiscalización de la voluntad administrativa". (Dromi Roberto, 1999, El Procedimiento Administrativo, p. 112).

En ese sentido, el artículo 83 de la Constitución de la República consagra como deberes y responsabilidades de los ciudadanos: 1) Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente; 9) Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.

Tales deberes imponen al ciudadano regirse a un bloque de constitucionalidad y a cumplir las decisiones de la autoridad, siempre y cuando, aquellas gocen de legitimidad, responsabilidad que se articula con su deber de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos; en ese sentido los compromisos constitucionales transcritos, modulan en buena medida la posición de los administrados ante la Administración Pública lo que involucra la obligación de los ciudadanos a cumplir las resoluciones y decisiones emanadas de su seno pero correlativa e indisolublemente, rige al ejercicio de tales derechos y obediencia de obligaciones a que su contenido esté infundido de legitimidad y justicia, lo que presupone la obligación de los ciudadanos de asumir una posición activa a través de los mecanismos reconocidos por la Constitución y la Ley, tanto para lograr vigencia del sistema jurídico, como para vigilar el respeto de las garantías fundamentales; esto explica, la posición de los administrados en el procedimiento administrativo, dentro del cual no actúa como partes sino como sujetos que apoyan a la Administración mediante los mecanismos que la norma les confiere a verificar que su actuación sea legítima.

Con razón afirma Dromi, que *"en rigor no podemos hablar, de oposición, pues las partes no están —a nivel de buen principio— en litis o contienda, sino procurando conocer la verdad material, tutelando el derecho objetivo y resguardando derechos subjetivos públicos de 'poder' y*

de 'libertad', por lo que constituye un presupuesto político republicano, la participación de los interesados en todo lo atinente a la formación, publicidad, ejecución, impugnación y modificación de decisiones de autoridades administrativas, así como de sus controles". (Dromi Roberto, 1999, El Procedimiento Administrativo, p. 112).

Como corolario de esta primera parte debe quedar claro que, la autoridad cuando resuelve un recurso, si bien no tiene la calidad de juez, sino más bien como queda señalado, es juez y parte, debe revestirse de total objetividad, para revisar si su conducta en la emanación del acto estuvo o no ceñida al principio de juridicidad y tratar de ser juez⁵⁵ aun cuando funcionalmente no lo es. De otra parte recordar que el recurso es un medio de defensa que tiene todo ciudadano y que tiene diferencias esenciales con la solicitud, petición o queja.

La revisión de la actuación administrativa en vía de recurso: principios generales

Armando Canosa (1998), ha conceptualizado al recurso administrativo como *"toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quien el acto lo afecte en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia, con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un supe-*

⁵⁵ A propósito de mi ensayo sobre la Función Judicial y el Tribunal Constitucional refiriéndome a la delicada función de ser juez dije: Es el juez en el mundo contemporáneo el que conforme a la Constitución del Estado, tiene atribuida la función de aplicar la Ley; convirtiéndose de esta manera, el Juez en un tasador o adaptador de las conductas en disputa, al principio de legalidad, esto es siempre procura que sus actos se produzcan conforme a la Ley, por tanto la gran mayoría de jueces entienden por justicia, no otra cosa que la fría aplicación de la norma. Empero, bien conocido por todos nosotros es el hecho de que un Juez en el Estado Social de Derecho no puede quedarse reducido a tan sólo lo señalado, sino que debe encausar sus fallos en los senderos del derecho y la juridicidad. El juez debe estar consciente que la aplicación de la norma no implica hacer justicia, que el derecho no está conformado tan sólo por normas jurídicas, que el derecho no necesariamente interpreta a cabalidad la esencia de la justicia y que por tanto él, el juez, debe poner en juego todo su talento, sabiduría, experiencia, conocimientos al elaborar sus sentencias, para lograr en cada caso acercarse en lo posible al dictado de la justicia.

rior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado". (Armando Canosa, El Concepto de Recurso Administrativo, p. 589).

En un sentido amplio, el recurso administrativo confiere a los administrados la posibilidad de impugnar una actuación administrativa; en consecuencia, se aprecia con absoluta claridad su distinción respecto de las peticiones, las cuales activan la producción de un nuevo acto, mientras que los recursos se encuentran investidos de una finalidad impugnatoria y por lo tanto suponen la preexistencia de un acto administrativo.

Conforme hemos abundado, el recurso administrativo constituye un mecanismo de tutela de situaciones individuales, enmarcada en el elenco de garantías de los particulares. Bien afirma Fernando Garrido Falla que tales garantías se han elevado a la "categoría de derechos subjetivos oponibles frente al Estado", cuyo ejercicio se lo reserva al particular quien cabalmente acciona un procedimiento administrativo o un proceso contencioso administrativo.

En esta línea el mencionado autor alude a la titularidad de un "derecho subjetivo a recurrir", que precisamente pone en movimiento el "mecanismo de la justicia administrativa". (Garrido Falla, La Justicia Administrativa, p. 29). Esto no es otra cosa que esa potestad del ciudadano a que cuando estime con suficiencia y de manera razonable que su derecho subjetivo constitucional o legal le ha sido conculcado o afectado, impugne el acto de la autoridad que está infringiendo la juridicidad del Estado.

Dentro del contexto antes expuesto, hay que tener presente que el artículo 66, número 23 de la Constitución de la República del Ecuador consagra como un derecho de la libertad, el derecho a "dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y

a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”.

En el caso que nos ocupa, es indispensable referirnos a la distinción doctrinaria entre el derecho de petición y el derecho a recurrir, pues se entiende que al amparo del ejercicio del primero se activa y ejercen mecanismos de defensa en la vía gubernativa, mientras que el ejercicio del segundo, presupone una garantía para promover la revisión de actos administrativos ilegales o lesivos que afecten intereses legítimos de los particulares, en sede jurisdiccional.

En la paradigmática sentencia correspondiente al caso “Delfina Torres viuda de Concha”, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 43 del 19 de marzo de 2003, se hizo una interesante distinción entre el derecho de petición y el de jurisdicción:

En virtud del derecho constitucional a la jurisdicción, conocido también como derecho a la acción, consagrado en el artículo 23 No. 27 de la Constitución Política de la República, el actor puede formular toda clase de pretensiones, fundada o infundadamente, para sí o para terceros determinados o indeterminados, y el demandado puede oponerse a tales pretensiones, esto es justamente el ejercicio del derecho a la jurisdicción, y el debate procesal se centrará en analizar a cuál de las partes procesales le asiste la razón y el derecho; *pero el deducir una demanda no significa que se esté presentando quejas y peticiones a las autoridades a nombre del pueblo; el artículo 23 No. 15 de la Constitución Política de la República dice: ‘Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 15.- El derecho a dirigir quejas y peticiones*

a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado'; ahora bien, el derecho de petición es fundamentalmente de naturaleza político-administrativa, sirve de vía para formular reclamaciones a la administración pública seccional o nacional por la falta de atención de aquellas necesidades que deben ser atendidas por las mismas, así como a denunciar abusos e incorrecciones y a formular propuestas y sugerencias para la mejor marcha de la cosa pública, tiene dos vertientes: las quejas, que consisten en reclamos por ilegalidades, desatenciones y atropellos, y las peticiones, que comprenden las sugerencias de los particulares para el mejor funcionamiento de un servicio público y la solicitud de decisiones discrecionales y gratiables de la Administración Pública.

La limitación constitucional al derecho de petición se refiere a la hipótesis de que se presenten quejas o peticiones atribuyéndose la falsa calidad de representantes directos del pueblo, suplantando a quienes, de conformidad con nuestro sistema de democracia representativa, han recibido en las urnas el mandato de la ciudadanía.

Con frecuencia se sostiene que el derecho a la acción se fundamenta en el derecho de petición, pero del examen atento de la Constitución Política de la República, se concluye que no es así; en efecto, el derecho a la acción, o derecho a la jurisdicción como con más propiedad se le denomina a partir de los trabajos de Couture, se encuentra reconocido en el artículo 23 No. 27 de la Constitución Política de la República, y siendo parte del derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, aparece como la garantía 17a. del artículo 24 ibídem que dice: *"Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e in-*

tereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". En ningún caso, cuando se presenta una demanda se está violando la norma constitucional consagrada en el No. 15 del artículo 23; además, teniendo en cuenta que en la actualidad existen muchas acciones populares, en las que no es necesario acreditar el interés personal y directo para accionar, y que igualmente se van abriendo paso las llamadas 'acciones de clase' que pueden proponerse por cualquier persona o grupo humano para actuar en defensa o resguardo del derecho de un conjunto claramente identificable de individuos con una misma comunidad de intereses, a fin de dar viabilidad a la plena aplicación del inciso final del artículo 91 de la Constitución Política de la República, que dice: *"Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente."* En ninguna parte de la demanda aparece que quien la deduce se haya atribuido la calidad de vocero y representante del pueblo, sino que invoca la calidad de representante legal de una persona jurídica de derecho privado y además sus propios y personales derechos. Si se hubiera deducido la acción pretendiendo ser representante legal del 'pueblo', o sea del conglomerado social, indudablemente se habría configurado el vicio de falta de legitimación en el proceso, o ilegitimidad de personería según la terminología de nuestro Código de Procedimiento Civil, ya que aún no se recoge en nuestro sistema de derecho positivo las llamadas 'acciones de clase', y el proceso habría sido nulo por hallarse incurso en la situación prevista en el No. 3 del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. (Lo subrayado nos pertenece)

Hemos venido recalcando que, queja, solicitud y petición son actuaciones que nacen del poder del ciudadano, de modo indivi-

dual y que esa es una potestad que tiene ahora reconocida en el texto del Código Político, cuestión que es distinta a la presentación de acciones e impugnaciones, propias del contenido de las demandas. Así mismo cabe recalcar que la petición, queja, solicitud y reclamo son figuras tradicionales del hacer del derecho político y de las libertades públicas de los ciudadanos, respecto de actuaciones de la autoridad. Empero también se debe dejar anotado que, las libertades públicas no son otros que los derechos subjetivos jurídicamente concebidos y que todo ciudadano tiene derecho a demandar ante juez competente cuando estime conculcado sus derechos, pero así mismo nadie puede hablar, ni hacer peticiones ni proponer demandas a nombre de otros, sin tener debidamente acreditada su procuración, porque corre el riesgo de que su acción tenga ilegitimidad de personería, por falta de legitimidad activa o que le califiquen como falso procurador, con los efectos que de ello se deriva.

Retomando nuestro análisis, fluye con claridad que la interposición de un recurso administrativo exige una determinada aptitud jurídica en el ámbito procesal para que pueda calificárselo como procedente; es decir, en términos procesales, nos referimos a la legitimación para recurrir.

Garrido Falla entiende al concepto procesal de legitimación como *“el reconocimiento de un derecho a poner en actividad un organismo jurisdiccional mediante la presentación de un recurso (...)”* y supone ineludible en este contexto, formularse la pregunta acerca de *“¿quién puede utilizar un recurso administrativo o contencioso-administrativo?”*; más adelante el mismo autor refiere que la contestación a dicha pregunta la confiere el Derecho Positivo *“remitiéndose a la titularidad de situaciones jurídico-materiales”*. (p. 29).

En este orden de ideas, se han planteado dos extremos, marcados por un lado, por la concepción rigurosa que contempla a los titulares del derecho subjetivo reconocido por la norma legal violada

y, por el otro, un criterio mucho más amplio, que reconoce a los simples interesados en la impugnación de determinado acto.

Insistiéndose en que la concepción de legitimación cobija tanto el procedimiento administrativo, como el proceso contencioso administrativo, Garrido Falla enseña, que cuando el Derecho positivo exige como requisito de legitimación la titularidad del derecho subjetivo consagrado por la norma violada o el interés directo en la cuestión sobre la cual incide el acto administrativo se configura un recurso de carácter subjetivo, mientras que, cuando se admite *“la legitimación de quienes se encuentran en la situación de meros interesados, entonces debe hablarse retomando una vieja pero expresiva terminología, de recurso objetivo, o con otras palabras de acción popular. En resumen: el recurso es subjetivo cuando se exigen requisitos de legitimación en el recurrente; es objetivo cuando no se exigen tales requisitos, o éstos son de carácter absolutamente genérico o indeterminado (por ejemplo, la ciudadanía o la vecindad)”*. (p. 34).

Como colofón al presente acápite debe insistirse en que el administrado no actúa como parte procesal en el procedimiento administrativo sino en calidad de sujeto, activo o pasivo según el caso, que a la luz del principio de colaboración y autotutela jurídica en la Administración Pública coadyuva al administrador para que en la propia instancia administrativa, revise la legalidad y oportunidad de sus actuaciones a fin de que de manera oportuna enderece su actividad y la subordine al ordenamiento jurídico y fines de la entidad.

No se debe perder de vista que, conforme nuestra *Ley de La Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, se interpone un recurso subjetivo, cuando se reclaman derechos subjetivos, consagrados en el derecho objetivo y se propone acción objetiva, cuando se intenta el cumplimiento de la norma objetiva o el restablecimien-

to de la legalidad conforme el mandato del artículo 3⁵⁶ de dicha ley, cuestión ampliamente discernida por el Tribunal de Lo Contencioso Administrativo, cuando tenía rango de órgano de última instancia jurisdiccional en materia administrativa, según versa de la Resolución publicada en Registro Oficial 722 del 9 de Julio de 1991.

El recurso de reposición

El aspecto característico fundamental del recurso reposición radica en que su interposición se la efectúa ante la misma autoridad que dictó la resolución impugnada. En palabras de Garrido Falla en tal naturaleza, radica justamente la razón de *"que tanto la doctrina como la práctica jurídica subrayen el escaso valor que este recurso tiene (por la rigurosa coincidencia que en el órgano decisor se da de la circunstancia de ser juez y parte) en el conjunto de garantías del administrado"*. (p. 87). Nótese que en por más que lo señalamos en líneas que la autoridad cuando vaya a resolver un acto impugnado debe revestirse de total objetividad en su actuación, no es menos cierto que lo que debe resolver en el caso de estudio presente, es un acto dictado por ella misma y, por tanto, es difícil, si no imposible, encontrar una autoridad que reconozca su propio yerro, cuando, como lo veremos a continuación, lo único que debe tener como medida de su actuación es la norma o el principio de juridicidad, bajo cuyos parámetros debió haber procedido.

Siguiendo las enseñanzas del mismo autor, la reposición traza el umbral, que emplaza formalmente a la Administración para que

⁵⁶ Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

“resuelva de acuerdo con el Derecho”. En tal sentido es plenamente justificado el escepticismo que genera en el administrado la interposición de dicho recurso por las escasas posibilidades que existen, en la práctica, de que el órgano decisor replantee la resolución impugnada, sospecha que de ninguna manera desvirtúa la importancia de aquel, en el enderezamiento de la actividad administrativa en el marco del principio de autotutela que rige el obrar de la Administración Pública y supone además, la posibilidad de corregir de modo inmediato la afectación de derechos que se estuviere infligiendo al administrado, en virtud de un error de hecho o de derecho proveniente de la administración pública.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva regula con mayor amplitud los recursos en sede gubernativa. Al respecto el artículo 173, número 1, del mentado cuerpo normativo, dispone:

Art. 173.- Objeto y clases

Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 30 y 131 de esta norma.

La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

A renglón seguido el artículo 174, establece:

Art. 174.- Recurso de reposición. Objeto y naturaleza.

1. Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.
2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directo del administrado.

De conformidad con estos artículos, queda claro que el recurso de reposición es de naturaleza potestativa y se lo interpone ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado. Además de acuerdo al artículo 175 del referido cuerpo normativo, el plazo de interposición para el recurso en estudio es de 15 días, si el acto fuera expreso y de dos meses, si el acto fuere presunto; finalmente se establece que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses.

Es innecesaria la prescripción normativa recogida en el mencionado artículo, en el sentido de proscribir la interposición de un nuevo recurso de reposición ante la resolución del primer recurso.

Resulta lógico inferir la inutilidad e ineptitud de la activación de un mecanismo sucesivo y repetitivo sobre la misma causa ante la misma autoridad que la dictó, contra cuya decisión cabe el recurso de apelación, extraordinario de revisión o la acción contencioso administrativa.

Adicionalmente a la conceptualización del recurso de reposición recogido por el ERJAFE, merece mencionarse como ejemplos de su regulación, los artículos que sobre la materia, recogen la Ley

de Propiedad Intelectual y el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ley de Propiedad Intelectual:

Art. 365.- Contra las resoluciones de los Comités de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales; y, de Derechos de Autor, no podrá proponerse ningún recurso administrativo, salvo el de reposición que será conocido por los propios Comités que la expidieron, pero no será necesario para agotar la vía administrativa. Contra las resoluciones de los comités se podrá plantear las acciones previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 151.- Recurso de reposición.- Las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.

En conclusión, podemos apreciar como rasgo distintivo del recurso de reposición, la competencia administrativa asignada al propio órgano que dictó la resolución o el acto de trámite que obstaculiza la prosecución del procedimiento, para decidir sobre el referido recurso.

Por lo demás, las particularidades que revisten su interposición y procedimiento son reguladas por leyes y reglamentos especiales con especial atención a los parámetros previstos en la Constitución y la Ley de Modernización del Estado, siendo el ERJAFE,

únicamente aplicable al caso de la Función Ejecutiva y sus instituciones adscritas.

El Recurso de Alzada

Fernando Garrido Falla concibe al recurso de alzada como *“el recurso administrativo por excelencia”*, cuya naturaleza resulta lógico dilucidar, se asienta en su interposición ante el superior jerárquico del organismo o funcionario de la entidad que dictó el acto impugnado. El mismo autor ilustra que dicho recurso es *“el medio normal de impugnación que el particular posee contra las decisiones administrativas que no han causado estado y responde a un patrón conocido por la casi totalidad de ordenamientos jurídicos de régimen continental europeo”*. (p. 82).

En ese sentido, se colige que dicho recurso descansa en el principio de jerarquía de la Administración Pública, en cuya virtud los superiores, pueden revisar a instancia de parte, la legalidad y oportunidad de los actos emanados por los inferiores, sustituyendo la voluntad de aquellos.

Sintetiza acertadamente Ramón Martín Mateo (1996), los rasgos principales del referido recurso:

Es un recurso sólo utilizable para aquellos actos que no ponen fin a la vía administrativa, es decir, en los que quepa la posibilidad de intervención de una autoridad situada en un escalón anterior aquélla que procede el acto. Recordemos que los actos que ponen fin a la vía administrativa son los que precisamente no son susceptibles de recursos ante otro órgano superior, lo cual es distinto de los actos firmes, como vimos también, en cuanto que estos últimos son aquellos contra los que no cabe impugnación en ninguna vía por haberse agotado ya los plazos previstos para recurrir. (p. 400).

Como se había referido previamente, el ERJAFE define con mayor detalle a los recursos pertinentes en sede administrativa:

Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto:

1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.
2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

Conforme se ha insistido a lo largo de la obra, constituye un error común que se interpongan los recursos previstos en el ERJAFE, que regula a la Función Ejecutiva y sus entidades adscritas, en sedes administrativas que se rigen por leyes especiales; y, generalmente norman sus propios recursos, que conceptualmente no difieren, pero en lo que respecta a sus términos, plazos y efectos, tienen sus propias particularidades.

Buen ejemplo de aquello constituye la consulta absuelta por la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial 402, de 19 de agosto de 2004:

Sobre el recurso de apelación interpuesto por PETROINDUSTRIAL previsto en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto del informe desfavorable emitido por la Procuraduría General del Estado contenido en oficio 7901 de 7 de abril del 2004, relativo al proyecto de contrato a suscribirse entre PETROINDUSTRIAL y el señor Darwin Antonio Mari-

ño Jarrín, para el montaje de un módulo de disminución del CO2 en el gas residual de la Planta de Gas del Complejo Industrial Shushufindi, por un monto de US \$ 214,407.24 y por un plazo de 90 días.

PRONUNCIAMIENTO:

Dentro del contexto de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado no se halla previsto el recurso de apelación a los informes que dicho organismo de control emite al tenor de lo prescrito en el Art. 3 literal f) de la misma.

Las disposiciones del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva no son aplicables a la Procuraduría General del Estado, razón por la cual se abstiene de dar trámite al recurso de apelación propuesto, tanto más que, el informe desfavorable a la contratación referida fue emitido de manera fundamentada y con estricto apego a derecho.

Por consiguiente, queda claro que los recursos administrativos, se encuentran modulados por todo un elenco de normas, cuyas particularidades deben ser atendidas en función del órgano del cual emana el acto y la ley que lo regula.

A fin de que el derecho de contradicción no se vea minado por obstáculos procesales. Sin que deba perderse de vista el alcance del principio de informalismo o benignidad administrativa que permite al Administrador superar los impedimentos derivados de la tramitación del expediente en aras de que se dé tratamiento a la situación de fondo suscitada en el debate generado entre la Administración Pública y el administrado.

El Recurso de Revisión

Tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídicos de los cuales se han calcado las normas que definen la fisonomía de nuestros procedimientos administrativos, se ha coincidido en dotar al recurso de revisión de un carácter extraordinario, excepcionalidad que viene marcada por el señalamiento taxativo de las causales en las cuales procede, presupuesto que derroca inclusive la firmeza de los actos en vía administrativa, extendiendo su impugnabilidad en el tiempo, en un lapso mucho más amplio que los recursos anteriormente estudiados. Eduardo García de Enterría ilustra que tal herramienta procedimental, constituye, en principio, *“más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados”*. (Tomo II, p. 552).

Sobre la procedencia en la interposición de este recurso, el jurista ecuatoriano Patricio Secaira enseña:

La interposición de este recurso está restringida a aquellos casos en los cuales se justifique que los actos impugnados adolecen de errores jurídicos y fácticos; esto es no respondan a su verdad material y objetiva; cuando existan hechos supervinientes de tanta importancia que afecten su esencia; cuando los documentos o informaciones que sirvieron de base para que se emita el acto hayan sido declarados en vía judicial; o cuando el acto se hubiere expedido para el cometimiento de un delito; entre otros.

En consonancia con lo glosado por el precitado tratadista, el artículo 178 del ERJAFE, dispone:

Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas auto-

ridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

Respecto a la primera causal en la que procede el recurso extraordinario de revisión García de Enterría, la mira como un típico supuesto de casación, ya que se trata de un vicio intrínseco de la resolución, conforme lo ha estimado la jurisprudencia española. Sobre el segundo motivo, el mismo autor expone, que éste efectivamente entraña un supuesto claro de revisión, "*en cuanto vicio extrínseco, exterior a la resolución misma*". (Tomo II, p. 553); en esta misma línea, los dos últimos supuestos, se encuentran penetrados por actuaciones delictuales, por lo que se configuraría su nulidad de modo incuestionable.

Al respecto, el artículo 167⁵⁷ del mismo estatuto que regula la revisión de disposiciones y actos nulos prescribe que la Adminis-

⁵⁷ Art. 167.- Revisión de disposiciones y actos nulos.

1. La Administración Pública Central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto.
2. Asimismo, en cualquier momento, el máximo órgano de la Administración Pública Central, sea ésta adscrita o autónoma, de oficio, y previo dictamen favorable del Comité Administrativo, podrá declarar la nulidad de actos normativos en los supuestos previstos en este estatuto.
3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Comité Administrativo cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad de este estatuto o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.
4. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, si caben indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, las cuales deberán ser liquidadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, en la vía de ejecución pertinente.
5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma estimada por silencio administrativo.

tración Pública Central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, deberá declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hubieren puesto fin a la vía administrativa, no obstante no debemos perder de vista los límites impuestos a tal capacidad revisora, marcados por la precautela de los principios de buena fe, el nacimiento de derechos de los administrados y especialmente por el tiempo⁵⁸, que en virtud de las normas que regulan el artículo en estudio es de tres años.

Como hemos advertido a lo largo de la obra, la imprecisión técnica con que se ha normado sobre la materia procedimental administrativa en nuestro ordenamiento jurídico, ha provocado que se le otorgue la denominación del recurso en análisis, a diferentes recursos que no comparten las características definidoras y la estructura principal del recurso extraordinario de revisión.

En tal sentido, es conveniente aludir al aforismo jurídico que reza: *"Las cosas son lo que son y no lo que se dice que son"*, a fin de identificar la real naturaleza de un recurso, que pese a ser una inexcusable tarea jurídica y académica, claudica ante el imperio de lo dispuesto por la norma jurídica.

Buen ejemplo de aquello constituye el recurso de revisión consignado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que de hecho constituye el único recurso administrativo, en el cual es posible atacar las resoluciones de determinación de las responsabilidades civiles culposas, emitidas por el mentado organismo de control:

⁵⁸ Art. 171.- Límites de la revisión.- Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Art. 60.- Procedencia del recurso de revisión.- Con excepción de las órdenes de reintegro, la Contraloría General del Estado revisará las resoluciones originales que expida, en todo lo concerniente a la determinación de responsabilidad civil culposa, de oficio o a petición del directamente afectado por aquellas, en los siguientes casos:

1. Cuando las resoluciones originales hubieren sido expedidas con evidente error de hecho o de derecho, que aparezca de los documentos que constan en el propio expediente o de disposiciones legales expresas;
2. Cuando después de haber sido expedida la determinación de responsabilidad civil culposa, se tuviere conocimiento de documentos ignorados al tiempo de dictar la resolución correspondiente;
3. Cuando en la determinación de responsabilidad civil culposa, se hubieren considerado documentos falsos o nulos, declarados en sentencia ejecutoriada, anterior o posterior a la resolución recurrida; y,
4. Cuando se estableciere que para expedir la resolución que es materia de la revisión, hayan mediado uno o varios actos, cometidos por los servidores públicos de la Contraloría General del Estado, tipificados como delitos y así declarados en sentencia ejecutoriada.

Sobre el ámbito de control en la Administración Pública y sus particularidades abundaremos en el capítulo siguiente, no obstante en el tema que nos ocupa es importante referir, que dicho recurso no reviste la característica de excepcionalidad condicionada por su ejercicio en el tiempo, por lo que no sería apto para atacar resoluciones de determinación de responsabilidad civil, que han adquirido firmeza en virtud del transcurrir de los plazos contenidos en la ley, no obstante es evidente, que comparte rasgos con el recurso extraordinario de revisión al subordinarse al acaecimiento de acontecimientos supervinientes, taxativamente calificados en la norma y que configuran la procedencia de su ejercicio. En el caso

de la Contraloría General del Estado, tanto la predeterminación civil culposa, como la determinación de responsabilidades, y el conocimiento del recurso de revisión, son facultades del Contralor General del Estado por lo que no podría configurarse ciertamente en esta instancia, un recurso de alzada pues le corresponde al propio Contralor, es decir al superior jerárquico, la resolución de los actos y recursos administrativos mencionados, por lo que en este contexto, tal recurso se encuadraría en la fisonomía del recurso de reposición, supeditado a la verificación del acaecimiento de una de las causales previamente mencionadas.

Por consiguiente, vale reflexionar que la denominación de los recursos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico adolece de serias deficiencias técnicas y no compagina con los caracteres que doctrinariamente los constituyen, por lo que es preciso auscultar con sumo cuidado las particularidades que consigna la norma a los distintos recursos en sede administrativa, a fin de ejercerlos correctamente, sin perjuicio de la obligatoriedad de la Administración Pública a superar cualquier obstáculo de forma, en aras de la satisfacción del debido proceso.

Finalmente, es imprescindible aludir a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado que deroga como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público, la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa, estableciendo la limitación, que de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará como insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por vía administrativa.

Al respecto, cabe advertir el debilitamiento ocasionado a las facultades de la Administración Pública para autotutelar y resolver los conflictos suscitados en su sede, a través de la abolición de la exigencia de agotar la vía administrativa para activar la jurisdicción contenciosa, en desmedro de la celeridad en la remediación

de las controversias entre administrador y administrado, dilación que involucra un mayor costo en tiempo y en dinero al Estado. Sin embargo, a la luz de la jerarquía normativa de la Ley de Modernización del Estado, es importante resaltar que la prescripción legal prescrita no es absoluta, al regir leyes de carácter orgánico que regulan procedimientos especiales con características propias, como en el caso de la Ley Orgánica de Régimen Municipal o la Ley Orgánica del Régimen del Distrito Metropolitano de Quito.

Las reclamaciones económico-administrativas

Las reclamaciones administrativas a las que se refiere de modo primordial la doctrina española, tienen principal incidencia en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito tributario, aduanero y municipal.

En el ámbito tributario, el jurista ecuatoriano Luis Toscano Soria, enseña que *“el objeto o materia de los actos administrativos tributarios se concreta en la determinación de obligaciones tributarias, en la resolución de reclamos o recursos relacionados con la determinación de obligaciones tributarias o sanciones de carácter administrativo, en la absolución de consultas sobre el alcance de las disposiciones legales que en el último término se relacionan con obligaciones tributarias y en la recaudación de obligaciones pendientes de pago”*. (Procedimientos Administrativos y Contenciosos en Materia Tributaria, p. 115).

En el caso que nos ocupa, nos interesa dilucidar la forma en que se expresa la voluntad de la autoridad en la resolución de los recursos o en la impugnación de actos de determinación, que se circunscriben a la facultad resolutoria de la Administración Tributaria y se enmarcan en los curiales del derecho de petición, consagrado, en el artículo 66, numeral 23 de nuestra Constitución y en el artículo 69 del Código Tributario.

Toda vez que excede el ámbito de nuestra materia, el análisis pormenorizado de los referidos recursos vale mencionar, las autoridades competentes para resolver los recursos, glosados por el doctor Luis Toscano Soria:

“En el Servicio de Rentas Internas son autoridades competentes para atender peticiones y reclamos, dictando las correspondientes resoluciones, los Directores Regionales del Servicio de Rentas Internas del domicilio del reclamante, en la Corporación Aduanera Ecuatoriana los Gerentes Distritales. Las autoridades competentes para conocer y resolver el recurso extraordinario de revisión son el Director General del Servicio de Rentas Internas y el Gerente General de Corporación Aduanera Ecuatoriana, como titulares de la administración tributaria central.

En los concejos provinciales las autoridades competentes para atender reclamos son los jefes financieros y para atender recursos de revisión los prefectos.

En las administraciones de excepción se estará a lo que específicamente establezca la correspondiente ley”. (p. 47).

Finalmente amerita mencionar, que en virtud del artículo 9 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, se confirió a los Directores Regionales, funciones análogas a las que el Código Tributario asigna al Director General, *“excepto la absolución de consultas, el conocimiento y resolución de reclamos, de los recursos reposición (posteriormente eliminado de la normativa del Código), el recurso de revisión y la expedición de resoluciones, circulares, o disposiciones de carácter general”*. (Luis Toscano Soria, Procedimientos Administrativos y Contenciosos en Materia Tributaria, p. 103).



ADMINISTRACIÓN

Es juez y parte
Autotutela sus
actos contrarios a
derecho.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Actúa sin ser
parte apoyando a
la administración
mediante
mecanismos
otorgados por la
norma

Permite a los
administrados
impugnar los actos
que afecten sus
derechos,
anulándolos
modificándolos o
reformándolos

FINALIDAD IMPUGNATORIA

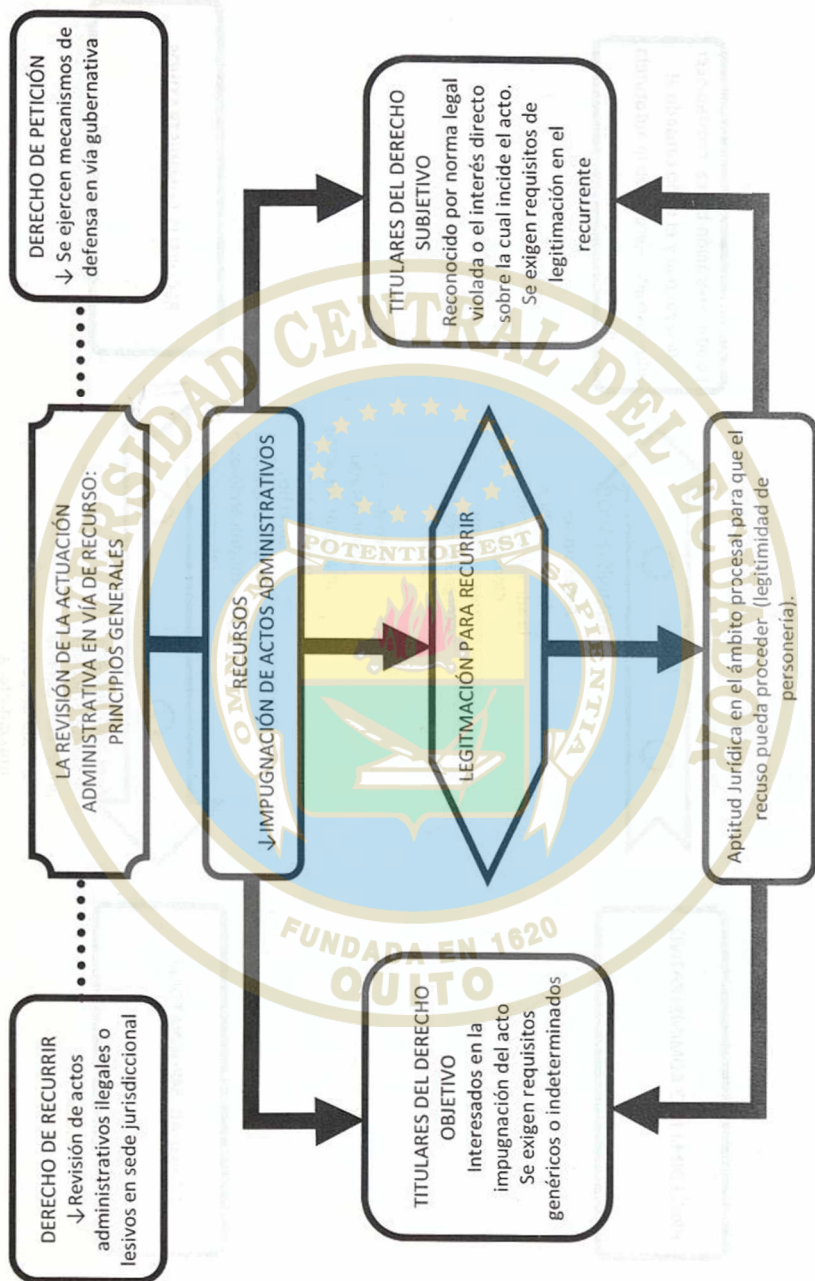
Si el administrado
se siente afectado
por el acto tiene la
garantía de poder
impugnarlo a
través del recurso.

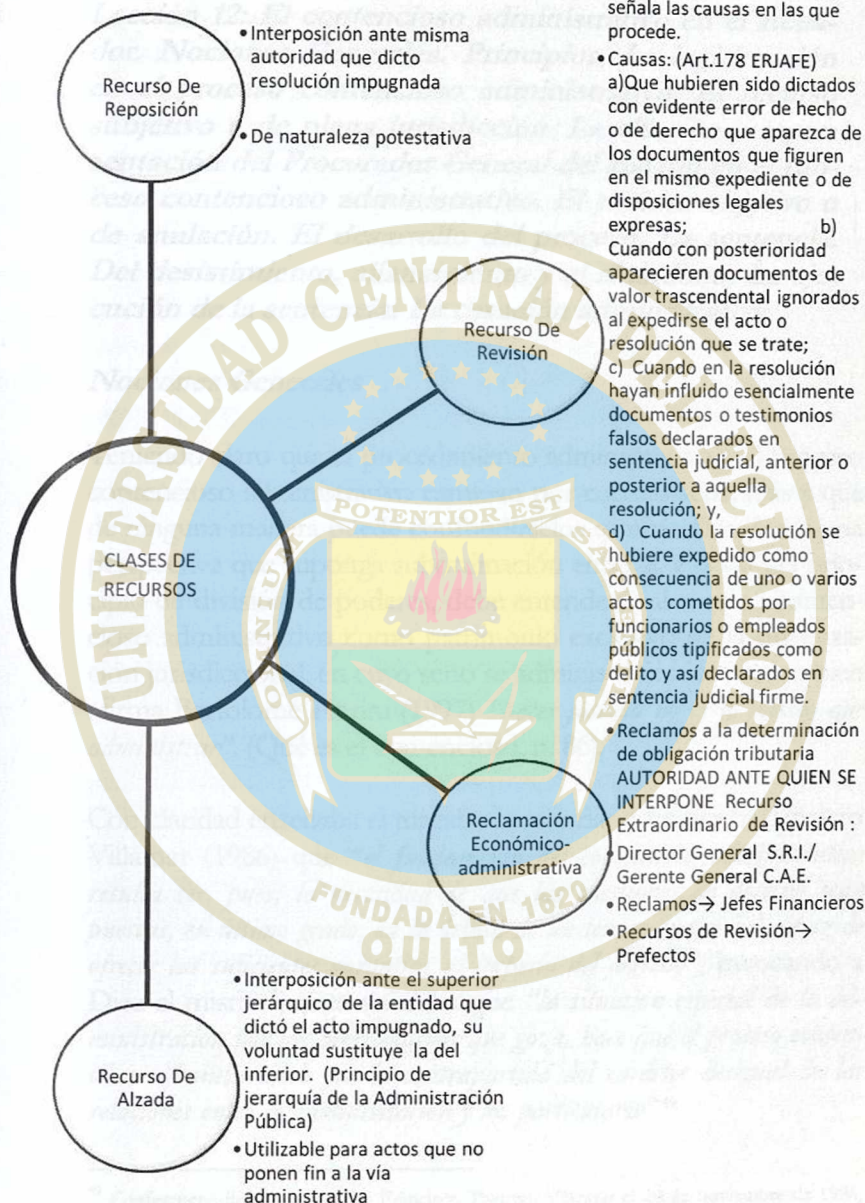
RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La administración busca reestablecer
la legalidad y el daño causado al
administrado ejerciendo la autotutela
de la Administración Pública

CENTRAL DE ECUADOR

FUNDADA EN 1620
QUITO







Lección 12: El contencioso administrativo en el Ecuador. Nociones Generales. Principios. La legitimación en el proceso contencioso administrativo. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción. La citación y representación del Procurador General del Estado en el proceso contencioso administrativo. El recurso objetivo o de anulación. El desarrollo del proceso. La sentencia. Del desistimiento, allanamiento y el abandono. La ejecución de la sentencia. La casación administrativa

Nociones Generales

Teniendo claro que el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo caminan por cuerdas separadas y que de ninguna manera puede confundírseles o mirárseles desde una perspectiva que suponga subordinación entre sí, a la luz del principio de división de poderes, debe entenderse al recurso contencioso administrativo como patrimonio exclusivo de la organización jurisdiccional, en cuyo seno se administra justicia; como bien afirma Bartolomé Fiorini (1997) *“hacer justicia no es lo mismo que administrar”*. (Qué es el contencioso, p. 86).

Con claridad enseñaba el maestro ecuatoriano Francisco Tinajero Villamar (1986) que *“el fundamento del contencioso administrativo resulta ser, pues, la necesidad de que las cuestiones de derecho sean puestas, en último grado, en la órbita de un tercero imparcial capaz de ofrecer las suficientes garantías al imperio del derecho”*, Invocando a Diez el mismo jurista señalaba que *“la situación especial de la administración por las prerrogativas que goza, hace que el proceso contencioso administrativo sea la contrapartida del carácter desigual de las relaciones entre la administración y los particulares”*⁵⁹.

⁵⁹ Conferencia dictada por el Dr. Francisco Tinajero Villamar el 20 de noviembre de 1986, durante el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Los Cien Años de la Constitución”, Bogotá, en *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, No.10, Año 1991, Quito.

Nuestra escuela del derecho administrativo, nace en de las entrañas del derecho administrativo francés y no hay que olvidar que éste nace precisamente a partir de la conformación del Consejo de Estado en aquella república; y que a partir de la Ley 24 de mayo de 1872, Napoleón III, instituyó en dicho Consejo la Potestad del contencioso administrativo, esto es la facultad de conocer y resolver de los actos del poder (ejecutivo), dando un gran salto de la justicia retenida hacia la justicia delegada⁶⁰. En nuestro país los primeros datos de esta institución procedimental, se da en la Constitución de 1906, en cuyo artículo 98 número 9, se da la potestad al Consejo de Estado de conocer y decidir sobre los fallos del llamado Tribunal de Cuentas y posteriormente de las resoluciones de la Contraloría General del la Nación, aunque se debe anotar que esto no ocurrió de modo expreso, pero en la práctica así se dio⁶¹.

⁶⁰ Se debe tener presente que, desde la misma revolución francesa hasta el dictado de la ley de 24 de mayo de 1872, se dio lugar a la denominada institución de la justicia retenida, esto es la administración se juzga a sí misma, puesto que en estas épocas el Consejo de Estado tan sólo era órgano Consultivo o de opinión, que orientaba a que la administración, tome la resolución, pero no resolvía. Se entendía en aquellos tiempos que juzgar a la administración seguía siendo administrar *juger l'administration c'est encore administrer*; y por tanto, a la justicia común tan sólo iban aquellos actos o conflictos de carácter civil o penal. El gran paso hacia la justicia delegada se dio precisamente con la ley en comento, con lo cual la administración ya no se juzgaba a sí misma sino que, los conflictos y la decisión de los mismos pasaron a conocimiento de un juez independiente, por tanto toda la época post napoleónica son tiempos en los que, el desarrollo pretoriano del Consejo desarrolla el conocido *Droit Administrative*. Algo más en este breve comentario, es que, esta institución se trasladó casi intacta a España, nosotros creamos en nuestro texto constitucional del año 1967 el Contencioso Administrativo, con jerarquía de única y última instancia jurisdiccional y con el mismo nivel de la Corte Suprema de Justicia. Bien vale la pena señalar que el artículo 5 de la Constitución Francesa de 1791, claramente señalaba que: " Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores, cualquiera que sea su especie" Luego de la decapitación de Maximiliano Robespierre en 1794, se da paso a fortalecer el sistema de justicia retenida y la Ley 16 de Fructidor del año III de 3 de septiembre de 1795, expresaba que: "Se prohíbe terminantemente a los tribunales, conozcan de los actos de la administración, cualquiera sea su especie". Nótese lo radical del cuidado a que todas las actuaciones de la administración no puedan ser revisadas o controladas en vía judicial ordinaria, téngase presente entonces que el poder ejecutivo se erige sobre la base del principio de la división de poderes y además de estimar que, la función administrativa solo emana de dicho "poder", que como vimos con anterioridad es la concepción organicista del derecho administrativo.

⁶¹ Consta de mi ensayo "El Control de la Administración y la Justicia Constitucional en el Ecuador", en Marco Morales Tobar, coordinador de "Derecho Procesal Constitucional". Serie

Fernando García Pullés (2004) considera que las dos premisas fundamentales que marcan al proceso contencioso administrativo, se identifican por un lado, por *“la concepción de la autoridad administrativa como expresión de una de las funciones del poder del Estado, potestad que se desarrolla en el marco de la vigencia del Estado de Derecho”*, y por el otro, por *“la idea de tutela judicial efectiva, entendida como la satisfacción efectiva de los fines del Derecho que posibilita la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas”*. (Tomo I, p. 153).

De modo que no debe perderse de vista que el proceso contencioso administrativo, se erige como una herramienta de control de la actividad administrativa que se vincula de modo inescindible con el monopolio que ostenta el Estado en la administración de justicia, que constituye un fin y una garantía que sustenta el pacto social. Como siempre lo he sostenido el Contencioso Administrativo, debe vérselo como la instancia que controla y limita al poder, el órgano de control de la legalidad en el Estado es por tanto el Contencioso Administrativo, incluso es aquel que controla la regularidad de los actos emanados de la función contralora, esto es las contralorías o tribunales de cuentas en los distintos estados, tienen como contralor final de legalidad al Contencioso Administrativo, por ello es ridícula la disposición normativa que consta ahora en el Código Orgánico de la Función Judicial, en el que convierte en una sala de las cortes provinciales a los tribunales contencioso administrativos. Así como se ha defendido la naturaleza de los órganos de control constitucional y ahora luego del Tribunal Constitucional y en base a una propuesta programática de defensa de la constitucionalidad, al menos teóricamente se va logrando la consolidación de dicho sistema, así mismo en el Ecuador y en los países en que el Contencioso haya sido agredido, se debe levantar la voz, para que se entienda que estos tribunales no son funcionalmente de carácter ordinario, sino que es

una justicia especializada que controla el poder, en orden al sometimiento de éste a la legalidad y por tanto a la juridicidad que tanto se habla en estos días.

Es importante volver al artículo primero de la Norma Fundamental⁶² que estatuye al Ecuador como un Estado de “derechos y justicia”, lo que compagina con la esencia histórica del Estado, que tiene como uno de sus pilares la administración de justicia y la justiciabilidad de los derechos. En este orden de ideas, el artículo 11 de la Constitución⁶³ que recoge los principios esenciales del

⁶² Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

⁶³ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

ejercicio de los derechos y libertades públicas, establece que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes las cuales están obligadas a garantizar su cumplimiento, es a lo que siempre denominamos valores superiores, sobre cuya base fundamental debe interpretarse las libertades públicas. Esto es la verdad, la honestidad, la dignidad, la justicia, la paz.

Así mismo, estatuye la igualdad de las personas lo que incluye la proscripción de toda forma de discriminación.

Prescribe la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Norma Primera y en los instrumentos internacionales por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; la plena justiciabilidad de los derechos sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento,

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento; la consagración del más alto deber del Estado que consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

La obligación del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, deber que contempla el ejercicio en forma inmediata del derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas, y.

La responsabilidad del Estado por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Se integran en este plexo de garantías constitucionales, que se tejen alrededor del derecho de acceso a la justicia, que tiene como contracara la responsabilidad exclusiva del Estado de administrarla, las garantías del debido proceso, a las cuales hemos dedicado sendas reflexiones en la presente obra y sobre las cuales insistiremos en este capítulo.

El artículo 75 de la Carta Magna, preceptúa el derecho de toda persona, al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. Correlativamente el artículo 167 del Código Constitucional manda que *“la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la*

Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.

Enmarca la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa, el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone:

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

Lamentablemente el constituyente desperdició la oportunidad de mejorar el artículo 196⁶⁴ de la Constitución Política de 1998, redactado de forma casi idéntica al artículo vigente, en el que se introduce en el texto constitucional la posibilidad de impugnar “actos administrativos”, los cuales como hemos visto, constituyen la principal forma de manifestación administrativa, mas no la única.

Nótese que en el mismo ámbito de la administración pública, hay actos de la administración y reglamentos administrativos, así como también contratos administrativos, que de suyo también son justiciables, pero es que no solo la función administrativa emana actos que deben ser justiciables, sino que todas las funciones del Estado, como queda dicho de líneas arriba, pueden ser materia de control de la legalidad y por tanto pueden ser justiciables. La interpretación constitucional debe ser integral, lo que agregado a la precautela del derecho a la tutela judicial efectiva, blindaría la posibilidad que se limite el radio de protección del administrado frente a las situaciones jurídicas que se derivan de la gestión ad-

⁶⁴ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998; Artículo 196: Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

ministrativa, que muchas veces se circunscriben al ámbito material; no obstante en muchas ocasiones se ha menoscabado la tutela jurídica de las situaciones de los administrados, en virtud de la forma en que la ley ha bautizado las diferentes manifestaciones de la Administración Pública.

En esta línea, con razón afirma Juan Carlos Benalcázar Guerrón (2007):

“(…) El proceso contencioso administrativo, en atención al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe tener como norte la protección de los administrados, antes que condicionarla a los resultados teóricos de discusiones eruditas o dogmas doctrinarios que en la práctica pueden revelar su intrínseca debilidad. Dicha protección debe extenderse a la actividad materialmente administrativa de cualquier órgano público, e incluso a aquellos entes jurídicos a los que el ordenamiento ha confiado manifestaciones de dicha actividad”. (p. 70).

Comparto con el autor el criterio que califica como absurdo consignar al término “acto administrativo” recogido en la Constitución vigente un sentido estrictamente literal y restrictivo, a la luz del principio de tutela judicial efectiva que condena la indefensión del ciudadano, lo que supone que *“el proceso contencioso administrativo deba diseñarse en torno a un criterio de tutela judicial efectiva de los administrados, respecto de cualquier manifestación jurídica de la actividad administrativa en su faceta pública, y no exclusivamente en torno al concepto estricto de acto administrativo”*. (p. 73).

La norma debería decir actos ilegítimos de toda autoridad pública, a los efectos de que los derechos ciudadanos queden plena y debidamente garantizados, pero en fin al menos no se les escapo del texto y allí consta y será más tarde el sabio constituyente el que deberá enmendar este craso error político y jurídico.

En refuerzo de esta posición, resultan muy orientadores los criterios contenidos el voto salvado dentro del caso 0003-2005-TC, de los magistrados Jorge Alvear Macías y Tarquino Orellana, cuyo contenido me permito transcribir parcialmente:

PRIMERA.- Que en el Estado Social de Derecho que estructura orgánicamente la Constitución de la República, corresponde de manera privativa y con valor superior y definitivo al Tribunal Constitucional, el deber de ejercer la tutela constitucional de los actos y resoluciones que emanen de los distintos organismos del Estado, sin que se puedan excluir de la tutela y control constitucional ninguna decisión, resolución o conducta de los organismos públicos que afecten la vida constitucional del Estado, según se ha establecido de modo claro e indubitable en el Art. 276 de la Constitución de la República. El ejercicio de este control y tutela constitucional, de acuerdo a las competencias atribuidas en la norma citada, constituye la razón de ser del Tribunal Constitucional y el fundamento del obligatorio acatamiento a sus decisiones definitivas.

CUARTA.- Que, por lo que dispone el Art. 119 de la Constitución de la República, establece el reconocido principio de limitación positiva de la competencia, los diferentes órganos públicos, no tienen otras atribuciones que las establecidas en la Constitución y la Ley, siendo potestades del Congreso Nacional, de modo privativo y, al mismo tiempo excluyentes, aquellas que le han sido expresamente impuestas en el Art. 130 de la Constitución. De entre las diferentes atribuciones que le son correspondientes para los nombramientos y designación de autoridades públicas, no aparece ni consta atribución ni potestad alguna para nombrar a los Señores Ministros Jueces de la Corte Suprema de Justicia. Esta sola mención sería suficiente para

reconocer, calificar y establecer la incompetencia en que habría incurrido el Congreso Nacional para proceder, como lo ha hecho en la resolución impugnada, el cesar y, al mismo tiempo, nombrar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, por las alegaciones que dicho órgano y función del Estado y la que la propia Corte Suprema nombrada han esgrimido en defensa de la legitimidad de lo actuado, es preciso, referirnos a las mismas, con lo cual, también, se consigue valorar, los antecedentes y las consecuencias de dicha resolución.

QUINTA.- Son dos los argumentos principales a los que hace referencia como justificación de la legitimidad de lo resuelto por el Congreso Nacional en la resolución que se impugna, a saber: a) que se trata de un acto legislativo, un “acto de gobierno, que contiene el ejercicio directo de una atribución constitucional, que tiene alcance y efecto general”, por lo que no es impugnabile y no se encuentra sometida a control por parte del Tribunal Constitucional; y, b) que la Constitución en el Art. 202, solamente establece el hecho de la cesación de los Magistrados de la Corte Suprema, no así su designación, por lo que, el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, suple la deficiencia constitucional y, aplicando la Disposición Transitoria Vigésima Quinta de la Constitución, ha procedido a la cesación y nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema.

SEXTA.- En el desarrollo del Derecho Administrativo, dos manifestaciones de poder han buscado la exclusión del control, a saber, los llamados actos discrecionales y los actos políticos o de gobierno; sin embargo, en el orden doctrinario, legislativo y jurisprudencial, estas prerrogativas que favorecen la arbitrariedad han sido excluidas, aunque no por ello, el poder deje de ser recurrente en invocar estas figuras pa-

ra justificar ciertas actuaciones y excluirlas del control. En nuestro ordenamiento constitucional, es importante remitirnos, en orden de comprensión sistemática, a las siguientes disposiciones normativas de valor superior: el Art. 196 de nuestra Constitución que consagra el principio fundamental de tutela general de los actos administrativos generados por cualquier autoridad pública, por la que, entonces, no existe acto, manifestación de poder que no esté sometida a control; los Arts. 20, 21 y 22 que establece los principios de responsabilidad pública, lo que es lo mismo decir la noción y principio de un Estado Responsable o justiciable, por sus acciones y omisiones; y, lo dispuesto en los Arts. 120 y 121 de nuestra Constitución, por la que se consagra el principio de responsabilidad de los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, los que, en ningún caso, están exentos de responsabilidades en el ejercicio de funciones públicas. Por tanto, en un Estado de Derecho, donde el control judicial y constitucional es consustancial a su propia existencia como Estado, tal control no puede ser mera declaración y se desenvuelve en los ámbitos simultáneos y concurrentes señalados: a) No existe manifestación de potestad, de ningún órgano ni función pública excluida de control; b) El Estado es responsable por las acciones y omisiones de sus funcionarios; c) La función pública, definida como servicio a la colectividad que exige capacidad, honestidad y eficiencia, impone responsabilidad a los funcionarios, dignatarios y servidores, sin exclusión, en el cumplimiento de sus funciones y servicios.

SÉPTIMA.- La teoría de los actos políticos o de gobierno, reservada a los órganos supremos estatales y caracterizadas por su inmunidad al control toda vez que no son especifi-

camente actos de la administración sino actos políticos, según una anacrónica teoría, no tiene asidero en la Constitución que nos rige que, conforme hemos analizado, consagra el principio de la tutela efectiva para todas las actuaciones públicas, atribuyendo al Tribunal Constitucional competencia privativa para “Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos” y, “Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública”. Téngase en cuenta que los numerales 1 y 2 del Art. 276 citados no establecen exclusión alguna al control de las actuaciones públicas y a ninguna de sus manifestaciones formales, pues si ello ocurriría, el Estado de Derecho, cuya característica fundamental y condición de su posibilidad es la de la sujeción a la Ley, establecería, contradictoriamente, unas parcelas sometidas y controladas por el derecho y otras parcelas o territorios exentas de su régimen y control, lo cual resulta absurdo, pues ello implicaría aceptar que el Estado de Derecho resguarda y reconoce unos ámbitos para la arbitrariedad, un régimen para el abuso y la desviación del poder. Por tanto, sin dejar de reconocer la existencia legítima de la política como diversidad de intereses y aspiraciones, al contrario, garantizando su expresión democrática, el Estado de Derecho impone atribuciones, competencias y límites al poder, pues la ratio del Estado de Derecho, siempre y necesariamente es la **juridicidad**. (Lo destacado me pertenece)

En consecuencia, no es aceptable que simples fórmulas denominativas o apasionados debates doctrinarios, sustraigan a las mani-

festaciones de actuación administrativa de la tutela judicial efectiva y de su control jurisdiccional. En la lección cuarta quedó ampliamente explicado este tema de los actos políticos, de gobierno y el alcance de la discrecionalidad, cuestión que antes de 1998 y por tanto de su contenido constitucional, el Tribunal Contencioso Administrativo había dado al traste. Categórico es Pablo Esteban Perrino (2003), al concluir que el acto administrativo no es el objeto del proceso *"sólo se constituye en un determinado tipo de controversia contenciosa administrativa, en un presupuesto de aquélla"*. (El derecho a la tutela judicial efectiva, Revista de Derecho Público: Proceso Administrativo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 264).

Los Principios

Ahora bien, es importante referirnos a los principios que rigen a la administración de justicia en su artículo 168 del Código Político; léase, independencia interna y externa, autonomía administrativa, económica y financiera; unidad jurisdiccional, gratuidad de acceso a la justicia, publicidad del proceso en todas sus etapas con las limitaciones prescritas en la ley, y la implantación de un sistema oral de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo. A renglón seguido se estatuye al sistema procesal como un medio para la realización de justicia, regido por los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal siempre orientados a efectivizar las garantías del debido proceso. Además el artículo 326, número 15 de la Carta Primera, proclama a la justicia como un servicio público y prohíbe en consecuencia, su paralización.

El artículo 178 del Código Constitucional enumera los órganos jurisdiccionales⁶⁵ lo que se articula con lo establecido en el artículo

⁶⁵ Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

167 del mismo cuerpo normativo que delinea la potestad de administrar justicia.

En concordancia con esta normativa constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), conceptúa a la jurisdicción:

Art. 150.- Jurisdicción.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Paralelamente, el artículo primero del Código de Procedimiento Civil, define a la jurisdicción:

La jurisdicción, esto es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos en las leyes.⁶⁶

En definitiva, la jurisdicción se circunscribe a la potestad de administrar justicia que emana del pueblo y en por ende, se la ejerce por los órganos de la Función Judicial y demás órganos jurisdic-

1. La Corte Nacional de Justicia.

2. Las cortes provinciales de justicia.

3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.

4. Los juzgados de paz.

El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

⁶⁶ Debe indicarse también que el propio Código en su artículo tercero, establece la existencia de dos clases de jurisdicción, léase, la jurisdicción voluntaria y la contenciosa.

cionales reconocidos por la ley. En el marco de la especialización jurisdiccional, le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el juzgamiento de los conflictos suscitados entre la Administración Pública y los órganos públicos que la integran, así como con los particulares, contiendas vinculadas primordialmente al control de la juridicidad; al respecto el artículo 217 del COFJ, establece las atribuciones de las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Corte Provinciales⁶⁷.

⁶⁷ Art. 217.- Atribuciones y deberes.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario;
2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad;
3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público;
4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado;
5. Conocer de las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público;
6. Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual;
7. Conocer las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, las Comisiones Especializadas, el Director General y los Directores Provinciales;
8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;
9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal;

Quisiera en principio señalar que no debe confundirse a la jurisdicción territorial con la función jurisdiccional, puesto que la primera no es sino el ámbito espacial o geográfico en donde se desarrollan las potestades y competencias de la autoridad y, la segunda, como queda dicho es potestad de administrar justicia. En lo administrativo, debe estarse conforme a la moderna concepción del procedimiento administrativo que, la jurisdicción “contencioso Administrativa” no es sino la potestad atribuida por la potestad estatal, que busca que el ordenamiento jurídico de orden legal no se rompa por los conflictos que se suceden en la administración de la cosa pública.

Aproximándonos al tema que ocupa este capítulo, Jaime Santofimio Gamboa (2003), define a la jurisdicción contencioso administrativa como aquella que constituye un “*medio técnico-jurídico para el control de la actividad administrativa por el poder jurisdiccional en procura del restablecimiento y la defensa del orden jurídico y la solución de los conflictos surgidos entre la administración y los administrados y los demás sujetos relacionados con ella*”. (Tomo III, p. 58).

En este orden de ideas, el “recurso” contencioso administrativo impulsa la actividad jurisdiccional, por lo que buena parte de los

10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de

calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías;

11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración;

12. Conocer de las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles;

13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y los servidores públicos, emanadas de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos; salvo lo dispuesto en normas especiales;

14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos; y,

15. Los demás asuntos que establezca la ley.

tratadistas, consideran que su denominación es errónea, pues al ser una manifestación de un fenómeno procesal que se circunscribe al ámbito de la acción, mal se lo puede denominar como recurso, que supone la preexistencia de un acto y por tanto se erige como un medio de impugnación.

En este contexto bien afirma, el tratadista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar Guerrón (2007):

(...) De estas aclaraciones, surge que es erróneo el término “recurso” que emplea la LJCA. El proceso contencioso administrativo no es una especie de segunda instancia, a la que se accedería luego de haber asistido y agotado la vía administrativa. Todo lo contrario, implica el ejercicio de la acción procesal, mediante demanda que inicia un proceso, y que pone en actividad a la jurisdicción, con el fin de resolver una controversia según derecho.

La LJCA confunde lo que implica el ejercicio del derecho de acción —que activa la jurisdicción y entabla un proceso— con “recurso”, y no cabe utilizar esta última expresión, pues no se compadece con la naturaleza del instituto de que se trata en el artículo 1. Aquello que se califica como “recurso” no es más que un proceso, que implica el ejercicio de la acción procesal ante los órganos jurisdiccionales con competencia en materia administrativa. En este específico proceso, que se inicia con una demanda se conocerán de las pretensiones procesales que se contienen en el libelo. (p. 80).

De manera que el polémicamente designado, recurso contencioso administrativo, lo que hace es activar la vía jurisdiccional, lo que presupone la instauración de un proceso judicial, autónomo e independiente que si bien es cierto, demanda la existencia previa de una actuación o resolución administrativa, no constituye una

extensión del procedimiento en sede gubernativa, pues dicho proceso se desencadena en virtud del ejercicio del derecho de acción y de tutela judicial efectiva.

Quizá el equívoco deviene del simple anacronismo de la norma, que no se ha puesto a tono con la reformulaciones introducidas en el tiempo, como por ejemplo el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, norma a la que me referiré en líneas posteriores; el artículo 196 de la Constitución de 1998 y el artículo 173 del actual Código Político, que ha sido comentado en varias veces a lo largo de esta obra.

Consolidando lo argumentado, Bartolomé Fiorini (1997), conceptúa al recurso contencioso administrativo:

(...) El recurso contencioso, como la acción judicial, hacen el llamado a un órgano estatal como un protagonista nuevo en la contienda, el que aparece como tercero en la incidencia, con carácter independiente, para gobernar y dirigir el proceso nuevo que se promueve y termina con una sentencia. La demanda se presenta como la manifestación práctica y objetiva del pedido jurisdiccional, sea recurso, sea acción; por eso hay demanda en el recurso contencioso administrativo, como la hay en la acción judicial contenciosa, puesto que en ambos está en el fondo la promoción de la contienda o litigio. (Qué es el contencioso, p. 88).

En consonancia con lo expuesto en el capítulo anterior, fluye con claridad que en el proceso contencioso administrativo, sí se identifican partes procesales cuyas pretensiones son plenamente individualizables y su dilucidación se la somete a un tercero imparcial, independiente de la función administrativa, a diferencia de la lógica que impera en la estructura del procedimiento administrativo, en la cual la Administración actúa como revisora de su propia conducta, y correlativamente, el administrado, actúa como un

sujeto que colabora con la Administración, al confrontar mediante los recursos que se le reconoce en sede administrativa, la legalidad de las actuaciones del Administrador.

Debe quedar claro por tanto, que en el proceso contencioso administrativo, la Administración actúa como parte litigante. Es decir, mientras que en sede gubernativa se desencadena un procedimiento en el marco del principio de autotutela administrativa, en el proceso contencioso administrativo, se activa un proceso a la luz del derecho de acción y de tutela judicial efectiva. Por cierto el procedimiento tutelar de los derechos es importante y esencial en cada una de las sedes o asientos. Debiéndose anotar que el contencioso se da únicamente cuando es activada la sede jurisdiccional, de lo contrario se sigue en sede administrativa.

En este punto, vale anotar que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado⁶⁸ establece que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal⁶⁹, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. Debe indicarse que el artículo 217 del COFJ confiere idéntica facultad a las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, por

⁶⁸ Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

⁶⁹ La disposición transitoria cuarta del COFJ dispone que los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código.

lo que es menester destacar, conforme a lo dispuesto en este artículo, que la oposición a la actividad administrativa, no se reduce exclusivamente a los actos jurídicos sino también a “las actividades de carácter material o técnico de la Administración”, conforme acota el jurista Juan Carlos Benalcázar Guerrón. (pg. 84). Es de anotarse que, la actividad de la administración pública, de modo general se reduce a actos, actos de la mera administración, hechos de la administración, actos de efectos generales (reglamentos internos), reglamentos administrativos y contratos administrativos.

Es imprescindible referirnos al malestar que la redacción del artículo transcrito provocó en la doctrina nacional, al haberse enlistado dentro del elenco de impugnabilidad, tanto a la actividad formal, como material de la Administración Pública; al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al verbo *impugnar* como “*interponer un recurso contra una resolución judicial*”. De modo que la esencia de la impugnación, radica en la existencia previa de un pronunciamiento de autoridad pública, ya sea en sede administrativa o judicial, de allí se explica la proliferación de observaciones contrarias a dicho artículo que busca uniformar los mecanismos de control de la actividad administrativa.

Ejemplifica bastante bien, tal ligereza legislativa, el jurista ecuatoriano Patricio Secaira Durango:

Si se produce un defecto o una mala operación de un oleoducto de propiedad pública que provoca un derrame de petróleo, afectando cultivos de patrimonio privado. Si un servidor público que conduce un automotor de patrimonio público, cumpliendo sus funciones, es autor de un accidente de tránsito provocador de daño en vehículo particular. Si un servidor encargado de instalar redes eléctricas, ejerciendo sus actividades, por negligencia genera daños en

terceros. Todos son casos de ocurrencia de hechos administrativos. Ante lo cual cabe preguntar: ¿Podrá impugnarse judicialmente, el derrame de petróleo, el accidente de tránsito o la negligencia de esos servidores, responsables de las mencionadas actividades administrativas de carácter material o técnico descritas? ¿Podrá la administración de justicia declarar ilegales o anular el accidente, el derrame y la negligencia? Sin duda la respuesta será negativa; puesto que el sentido natural y obvio de las situaciones determinaría la necesidad de que los afectados por esos hechos concurren ante la administración en busca de que se compensen los daños producidos, a fin de que, en el evento negativo de sus pretensiones, impugnar la decisión pública que vulnera sus derechos. (Patricio Secaira, p. 246-247)

Estos perspicaces ejemplos evidencian el desatino legislativo con el que se han tratado los mecanismos de defensa de la actuación administrativa que no pueden ser reducidos únicamente al reconocimiento de herramientas de impugnación de los actos administrativos propiamente dichos, pues menoscaban el ámbito de actuación del juzgador y en palabras de Juan Carlos Benalcázar (2007), constituyen un abordaje retrógrada *“respecto de la doctrina moderna del proceso contencioso administrativo, la cual propugna un sistema procesal que gire en torno a postulados de control integral y efectivo de la Administración Pública, de tal forma que haga vigentes, en un todo armónico, la reglas de una recta y buena administración: juridicidad, eficacia y eficiencia”*. (p. 85).

Es decir, que los mecanismos de defensa de la actuación administrativa deben ser tan amplios como el espectro de acción que ejerce la Administración, que no debe ser menor a las garantías que rijan el principio de tutela judicial efectiva.

Con mayor fortuna, se abordó en el nuevo Código de la Función Judicial, dentro de las facultades de los jueces de las salas de lo

contencioso administrativo, que constan del tantas veces citado artículo 217, la actividad sujeta a su jurisdicción:

4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado (...).

En definitiva, el proceso contencioso administrativo *“es, pues, a todos los efectos, un proceso entre partes, una de las cuales es siempre la Administración Pública (...)”*⁷⁰.

Aquí nuevamente reitero que es desafortunado, señalar que las entidades de derecho público o las entidades de derecho privado cuya finalidad es pública o atienden por delación intereses del Estado, sean del sector público, cuando lo cierto jurídicamente es que, dichas entidades, sus actividades y por tanto funciones, pertenecen al régimen del derecho público, por eso estimo que, mal hizo el constituyente en utilizar dicha terminología, cuestión que ahora se reitera en este texto legal.

Ahora bien, el concepto de parte se vincula de modo indisoluble al de relación jurídica procesal, presidida por el juez, quien como

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 622.

tercer imparcial, juzga la controversia sometida a su conocimiento.

La legitimación en el proceso contencioso administrativo

Hernando Devis Echandía indica que cuando se trata de relaciones procesales, *“el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y de litigio que sobre ese derecho se haya presentado”*. (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 306)

Manrique Jiménez Meza (2000) acota que la legitimación es *“una aptitud especial o una capacidad cualificada de algún sujeto para ser parte en el procedimiento o proceso específico. Tal capacidad queda derivada en virtud de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de ese sujeto con el acto o hecho realizado por otro sujeto que ilegítimamente invadió tal esfera”*. (p. 29).

Valorando la especial posición de la Administración en la configuración de situaciones jurídicas, bien vale citar el criterio de García de Enterría y Tomás Ramón- Fernández (2004) quienes enseñan, que para ser parte de un proceso contencioso, salvo en los casos excepcionales de acción popular se debe:

“estar legitimado activamente, es decir encontrarse en una determinada relación previa con un acto o disposición administrativa, con una actuación activa o pasiva de la Administración que haga legítima la presencia de un determinado sujeto en el concreto proceso en el cual se impugna tal actuación o situación”. (p. 627).

No obstante, los mismos autores (García de Enterría y Tomás Ramón- Fernández, 2004) reflexionan que en el ámbito conten-

cioso administrativo, la legitimación carece de una “*naturaleza procesal strictu sensu*”, sino que “*es identificable con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso, sin perjuicio de que a la invocación y la realidad de esa titularidad pueda dársele (...)*”.

Continuando con el criterio del tratadista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar (2007):

En el Derecho Procesal Administrativo, la legitimación presenta una especial problemática, pues tiene una íntima vinculación teórica con las denominadas “situaciones jurídicas subjetivas” del administrado, a saber, derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Recordemos que el proceso contencioso –administrativo de plena jurisdicción fue diseñado para la tutela de derechos subjetivos; mientras que el proceso objetivo se ideó para la defensa de la legalidad, no obstante lo cual, se exige como requisito de “*seriedad procesal*” que el demandante demuestre un interés formal en el asunto sobre el que versa el proceso (...). (p. 284).

De lo anotado, puede inferirse que la legitimación en el ámbito administrativo no puede sustraerse de la Teoría General del Proceso y reconociendo las particularidades que modulan al contencioso administrativo, el concepto de legitimación procesal tampoco puede ser separado de los postulados fijados por el Derecho Procesal. En este contexto, Enrique Véscovi, citado por Benalcázar Guerrón, define a la legitimación procesal como

“la consideración legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuen como tales en el proceso”.

Más adelante el propio Véscovi, conceptúa a la legitimación como:

“la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz”⁷¹.

La legitimación por tanto, constituye un elemento sustancial del proceso que se enlista dentro de los requisitos de admisibilidad administrativa. Conforme acota Pablo Esteban Perrino (2003).

“la existencia de recaudos de admisibilidad en todo proceso obedece, según los casos a una adecuada ordenación y a razones de seguridad jurídica. Su concurrencia es necesaria para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y el juez puede dictar la sentencia de fondo”. (p. 265).

De manera que, para que el órgano administrativo o jurisdiccional en su caso, entre a analizar el fondo de la pretensión es imperativo que la acción haya sido deducida por la persona legitimada activamente en contra de la persona pasivamente legitimada. Desde luego que el legitimado pasivo siempre será de modo directo o indirecto la administración pública, siendo que la legitimación pasiva se produce cuando ésta actúa *per se* e indirecta será cuando se produce delegación de la actuación, en ambos casos como dijimos en líneas arriba, estos actos están sometidos al régimen del derecho público administrativo. En tanto que la legitimidad activa, no la detectamos tan sólo a través de la persona que ha sufrido alguna lesión a sus derechos, intereses y hasta los derechos debilitados, sino que para establecer el estatus de tal es necesario saber la relación causal y su pertinencia con los derechos subjetivos reclamados o con los intereses conculcados, de tal suerte que allí iremos a la propia naturaleza o caracterización del acto, de tal suerte que encontramos un nexo de causalidad

⁷¹ VÉSCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso en *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano* de Juan Carlos Benalcázar Guerrón, p. 282.

entre el acto que se va a atacar o impugnar con la afectación que el mismo cause o pueda causar al titular del derecho subjetivo, debiéndose para cada caso examinar el acto para determinar que y como se va a atacar, reclamar, impugnar, accionar o recurrir, según el caso.

Al respecto el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que “el recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”; conexamente, el artículo 4 del mismo cuerpo legal dispone que para los efectos de su normativa, se entenderá por Administración Pública: a) La administración del Estado, en sus diversos grados; b) Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional; c) Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales; entidades a las que se agregan, las personas jurídicas semipúblicas, las creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

Conforme se había reflexionado anteriormente, no puede otorgarse a la enumeración consignada en el artículo 4 un ámbito taxativo en razón del criterio subjetivo con el que se señalan las entidades que conforman la Administración Pública, toda vez que en virtud del principio de tutela judicial efectiva, el órgano jurisdiccional debe revisar la actividad administrativa en razón de su naturaleza y no de la del órgano que la ejerce. Sobre este tema hemos referido en capítulos anteriores y de modo esencial en la lección segunda y cuarta de esta obra.

El artículo 23 del mismo cuerpo legal identifica a las personas y entidades que pueden demandar una acción en el ámbito conten-

cioso administrativo, es decir define la legitimación activa en este ámbito:

Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:

- a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos.
- b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses.
- c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma.
- d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.

En tal sentido puede extraerse de este artículo, que la posición de demandante requiere de un interés directo que involucra la existencia de una situación jurídica afectada por la actuación administrativa. Ilustran García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández (2004), apoyados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, que *“por interés legitimador hay que entender aquel que, de prosperar el recurso, produciría algún beneficio de cualquier tipo a favor del accionante”*. Ahondan los mismos autores que la legitimación

en el más amplio sentido de su palabra debe suponer una *“situación jurídica individualizada”*, porque el *“interés legítimo esconde un verdadero derecho subjetivo reaccional”*, por lo que *“la jurisdicción contencioso administrativa no está para prevenir o evitar agravios futuros, sino simplemente para restaurar los agravios o perturbaciones ya producidos en la esfera jurídica de los particulares”*. (Tomo II, p. 629).

De lo dicho se colige que, se juzga y revisa el acto claro que en su contenido, pero también en sus efectos, de tal suerte que si acto administrativo aún no se produce, mal puede la justicia contenciosa administrativa entrar a mirar sobre las afectaciones, pues el juez no puede en ningún caso fiscalizar meras elucubraciones o potenciales efectos jurídicos.

Del mismo modo se identifica en el apartado d) a la Administración como parte demandante, que como ya hemos visto a lo largo de la obra, tiene la posibilidad de ubicarse en esta posición cuando plantea el recurso de lesividad.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 24 de la LJCA, la regula en los siguientes términos:

Art. 24.- La demanda se podrá proponer contra:

- a) El órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que proviniere el acto o disposición a que se refiera el recurso.
- b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición.

En este escenario, acotan García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández (2004) que *“como parte demandada actúa siempre la Administración Pública, que es aquella respecto de cuya actividad se dirija el recurso”*. (p. 622).

Sin embargo la norma legal transcrita, dispone en su apartado b), que las demandas también podrán proponerse en contra del beneficiario de un acto administrativo contra el que se recurra en sede contenciosa administrativa. Sobre esta posibilidad procesal, Ernesto Velásquez (1995) ilustra:

Debemos considerar lo determinado en la letra b) del artículo citado, que equipara en la calidad de demandado a las personas naturales o jurídicas, en cuyo favor se obró con el acto administrativo impugnado, el que generó derechos que son materia de cuestionamiento por no observar la legalidad para generarlos u otorgarlos: esto en cierta forma determina la posibilidad de demandar a quienes hubieren alcanzado la titularidad de los derechos por medio del acto administrativo que se impugna, tal el caso de demandar los Acuerdos Ministeriales de concesión de playas y bahías para camaroneras, que generan titularidad para el concesionario de los derechos que el Reglamento de cría y cultivos de especies bioacuáticas otorga; estas personas e el proceso comparecen en el mismo nivel que la propia administración y actúan en su defensa, independientes de posición de que adopte la Administración. (p. 173)

Abundando sobre la legitimación, es importante resaltar que la legitimidad de personería es una solemnidad sustancial conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil⁷², norma supletoria de la LJCA en virtud de lo que dispone su artículo 77.⁷³

⁷² Art. 346.- Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias:

1. Jurisdicción de quien conoce el juicio;
2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;
3. Legitimidad de personería;
4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;
5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;
6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,
7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe.

⁷³ Art. 77.- En todo lo no previsto en esta Ley se aplicarán, en cuanto fueren pertinentes, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

En este contexto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, de 7 de junio de 2006, concluyó:

La doctrina procesal habla de *legitimatio ad causam* y de *legitimatio ad processum*; la primera, es la legitimación en la causa, y su ausencia determina la falta de legítimo contradictor; y la segunda, es la legitimación en el proceso, y su ausencia determina la ilegitimidad de personería; de ellas, la última es de interés del recurrente. La misma doctrina enseña que la legitimación, en general, es la titularidad del derecho respecto al objeto del proceso, de donde se infiere que la legitimidad de personería es una calidad del sujeto jurídico, que determina que éste pueda actuar en un proceso por tener capacidad legal o aptitud jurídica para comparecer a juicio, así como también la de representación legal y suficiente para litigar. Legalmente, se considera que hay ilegitimidad de personería cuando comparece a juicio: a) quien por sí solo no tiene capacidad para hacerlo; “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”, según lo previsto en el artículo 1461, inciso final de la Codificación actual del Código Civil; b) quien afirma ser representante legal y no lo es; el artículo 570 del Código Civil establece quiénes representan a las personas jurídicas; c) el que afirma ser procurador y no tiene poder, situación prevista en el artículo 38 del Código Adjetivo Civil; d) el procurador cuyo poder es insuficiente; y, e) quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido su aprobación, en el evento de que haya comparecido ofreciendo poder o ratificación.

De acuerdo a esta sentencia, queda claro que uno de los debates que avivan las discusiones doctrinarias el ámbito del Derecho Administrativo, constituye la legitimidad en la causa, que se refiere a la titularidad del derecho en relación al objeto de la controversia procesal, cuyas particularidades las hemos abordado bre-

vemente y que atañen a la existencia de una calidad subjetiva especial y por tanto se fundan como un elemento esencial de la litis; en tanto que la legitimidad en el proceso se sustenta en requisitos de orden adjetivo que se centran en la capacidad para ejercer ciertos actos procesales, tales como la legitimidad de personería. Así lo concluyó la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia 157-99137:

SEGUNDO: El Art. 355 del Código de Procedimiento Civil señala las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, entre las cuales consta en el numeral 3ª la legitimidad de personería, disponiendo el Art. 358, que los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado tal omisión, cuando se trate entre otras solemnidades, la de legitimidad de personería, siempre que puedan influir en la decisión de la causa.

Ahora bien, conforme señala expresamente la doctrina y lo confirma el Art. 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la demanda se podrá proponer contra el órgano de la administración pública y las personas jurídicas semipúblicas de que proviniere el acto o disposición a que se refiere el recurso. En el caso, la persona jurídica contra la que se dirigió la acción es el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario INDA del cual proviene el acto administrativo que se impugna; cierto es que su autor es el Director Distrital Central de dicho Instituto mas, también es cierto que quien representa judicial...extrajudicialmente a la institución no es el indicado Director Distrital sino el Director Ejecutivo del INDA conforme aparece de la disposición legal transcrito anteriormente.

En consecuencia, es evidente que al no haberse contado con el Director Ejecutivo del INDA en esta causa hay indudablemente ilegitimidad de personería; ilegitimidad de

personería que ha influido definitivamente en el resultado de la causa, ya que por no haber sido citado dicho Director Ejecutivo, ni éste funcionario ni ningún otro a su nombre ha concurrido para defender los intereses de la institución, por lo que prácticamente ésta se ha encontrado en estado de indefensión. **Y es más, pese a que esta solemnidad sustancial es subsanable al tenor de lo que disponen los Arts. 368 y 369 del Código de Procedimiento Civil mediante la legitimación posterior, tal evento no se ha operado ya que, como se dijo antes, el INDA no pudo hacer valer sus derechos de defensa en esta causa, por no haber sido citado oportunamente.** (Lo destacado me pertenece).

Es imperativo que una vez confrontadas las últimas sentencias transcritas, nos demos cuenta que, mientras que la legitimidad en la causa no es susceptible de subsanarse toda vez que el demandante debe acreditar la afectación de la esfera de sus derechos pues *“la legitimatio ad causam es un elemento sustancial de la litis y por lo tanto no constituye un presupuesto procesal”* (Devis Echandía, 1997, p. 256), la legitimidad en el proceso, es posible de convalidarse posteriormente, de acuerdo a las reglas del Código de Procedimiento Civil, pues atañe a la capacidad jurídica procesal de las partes.

En esta línea, es preciso indicar que la labor pretoriana nacional no ha ampliado de modo significativo el radio de aplicación de la tutela judicial efectiva, debido a la restricción normativa que marca la legitimación activa en el ámbito contencioso administrativo. Sin embargo, no debe perderse de vista que las Cartas Constitucionales tanto de 1998, como la del 2008, han otorgado la pauta para que se inicie la implementación de las acciones de clase, como bien lo reseñó la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en su paradigmática sentencia en el

caso del Comité Delfina Torres viuda de Concha en contra de Petroecuador:

“En ningún caso, cuando se presenta una demanda se está violando la norma constitucional consagrada en el No. 15 del artículo 23; además, teniendo en cuenta que en la actualidad existen muchas acciones populares, en las que no es necesario acreditar el interés personal y directo para accionar, y que igualmente se van abriendo paso las llamadas ‘acciones de clase’ que pueden proponerse por cualquier persona o grupo humano para actuar en defensa o resguardo del derecho de un conjunto claramente identificable de individuos con una misma comunidad de intereses, a fin de dar viabilidad a la plena aplicación del inciso final del artículo 91 de la Constitución Política de la República, que dice: ‘Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente’”.

Precisamente la legitimación para incoar acciones tendientes a proteger el medioambiente se encuentran totalmente desvinculadas de la exigencia de la existencia de una posición subjetiva sustancial. Al respecto el artículo 397 de la Constitución de Montecristi dispone:

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el

derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. (...)

Paralelamente el artículo 439 de la Ley Primera establece que las acciones *constitucionales* “podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”. Sin embargo en el análisis de la normativa constitucional que regula cada una de estas acciones, a saber; acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección, se aprecia que para su ejercicio se han introducido nociones que configuran o modulan su legitimación, al incluirse fórmulas o criterios que delimitan su ejercicio, como por ejemplo, “toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto”, en la acción de hábeas data o; “si la violación de derecho provoca un daño grave”, en la acción de protección. Merece citarse igualmente, lo prescrito en el artículo 87 de la Carta Magna que regula las medidas cautelares en la protección de derechos y acciones constitucionales:

Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

A la luz de las acciones de clase a las que nos hemos referido, que están investidas principalmente de una raigambre constitucional, fluye con claridad que las acciones medioambientales expresan con mayor claridad la legitimación colectiva escindida del derecho subjetivo afectado. Buena prueba de aquello, constituye la resolución 0007-2004-RA, del Tribunal Constitucional, que por su valor ilustrativo me permito transcribir íntegramente:

ANTECEDENTES:

María Isabel Páez Maldonado, fundamentada en el artículo 95 de la Constitución Política de la República, comparece ante el Juez de lo Civil de Manabí e interpone acción de amparo constitucional en contra de la fábrica Súper Hielo, representada por el señor Ferdinan Ponce Catagua, representante de Súper Hielo.

Manifiesta que desde hace aproximadamente quince años, reside en su vivienda ubicada en la Av. 4 de noviembre, entre las calles 116 y 117 de la ciudad de Manta. Que, desde hace aproximadamente cinco años, de manera inopinada, inconsulta y antitécnica, se instaló a un costado de su casa la fábrica de hielo denominada SÚPER HIELO, la cual desde su instalación le ha causado un daño grave de salud a ella y su familia, por lo que los mismos se encuentran en tratamiento médico, debido a la humedad que se transmite atravesando las paredes, humedad de origen químico amoniacal que corroe los techos, paredes y cimientos de la casa, hasta donde penetra el gas de amoníaco, acción irregular y anómala que mantiene en peligro de muerte a la accionante. Que, además, el ruido ensordecedor que producen las instalaciones, y que es permanente, afecta emocionalmente y mantiene en constata zozobra a la accionante como a sus familiares.

Que hace poco tiempo en dicha fábrica, falleció el ciudadano Narciso Quiroz, víctima de la inseguridad y de una fuga de amoníaco que emanó la fábrica, y que dicho hecho fue difundido por la prensa.

Con los antecedentes expuestos y en virtud de la violación del artículo 23 números 6, 15, 20, 23, 26 de la Constitución Política del Estado, solicita se disponga la suspensión definitiva de las actividades de la empresa Súper Hielo, ubicada a un lado de la casa de la accionante.

Con fecha 19 de agosto de 2003, se llevó a cabo la audiencia pública en la cual, se deja constancia de la no comparecencia del accionado. Por su parte el accionante, en lo principal, se afirma y ratifica en los fundamentos de su pretensión, y solicita se disponga la rebeldía de la parte recurrida por no haber comparecido a esta diligencia.

Ratifica que la acción de amparo procede contra los particulares cuando este afecte un derecho difuso, como en el presente caso en que se afecta a los derechos constitucionales de una familia, afectada por la contaminación química, ruido permanente, cuarteamiento y destrucción de las paredes de la casa, techo, baños, etc. y la consecuente enfermedad de los miembros de la familia

Con fecha 21 de agosto de 2003, el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Manabí, inadmite por improcedente la acción propuesta, la misma que es apelada por la accionante para ante este Tribunal.

Con estos antecedentes, la Sala, para resolver realiza las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone el artículo 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos, o cuando la conducta de particulares afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o derecho difuso.

TERCERA.- Con fecha 18 de agosto de 2003 el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Manabí, procedió a notificar a la fábrica demandada, Súper Hielo, en la persona del señor Ferdinan Ponce Catagna, con la demanda de amparo constitucional y auto inicial en que se señalaba, que el día 19 de agosto se realizaría la audiencia pública correspondiente, diligencia a la que no compareció el demandado, quien, mediante escrito que consta a fojas 29, alega ilegitimidad de personería, por no ser representante de Súper Hielo, sino uno de los empleados de la citada fábrica, lo cual se halla certificado por la Gerente Administrativa de la fábrica, mediante documento que obra a fojas 26.

Al efecto, la Sala estima que la fábrica cuya actividad se impugna, se encuentra claramente identificada, a tal punto que el Jefe de planta comparece contestando e impugnando

do la demanda, y su Gerente Administrativo certifica sobre la calidad del referido empleado. “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” señala el artículo 192 de la Constitución Política, principio plenamente aplicable en la jurisdicción constitucional, tratándose de las garantías de derechos, así ha entendido la Corte Suprema de Justicia, cuando en uno de los fallos de casación de la Primera Sala de lo Laboral y Social, manifiesta: Al trabajador le basta saber quien ejerce funciones de administración y dirección para dirigir su demanda, no siendo obligación del actor saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una empresa para dirigir su demanda” igual ocurre en el presente caso, en el que la accionante solicita amparo respecto de la actividad de la fábrica que se encontraría afectando sus derechos y causándole daño, sin que pueda tener seguridad de su representación, tanto más si se considera que se encuentra en la imperiosa necesidad de tutela, ante actos que serían lesivos para ella y su familia. Consecuentemente, no procede la alegación de falta de legitimación pasiva.

CUARTA.- Analizada la documentación constante en el proceso, se observa que la empresa Súper Hielo, demandada en esta causa, en el desarrollo de sus actividades productivas, ha sido varias veces denunciada por los moradores del barrio en que se encuentra ubicada, ante varias autoridades como el Defensor del Pueblo, el Alcalde la ciudad, el Jefe del Cuerpo de Bomberos, el Director de Salud, por los efectos nocivos al medio ambiente, y la salud, de los habitantes del sector, como consecuencia de la emanación de gas amoníaco.

A fojas once del proceso, consta copia certificada del Oficio N° ASM-108 de 25 de julio de 2000, dirigido por el Jefe de Área de Salud N° 2 de Manta, al Director de Salud de

Manabí, solicitando la presencia del Comisario de Salud, para que “CLAUSURE la fábrica “SÚPER HIELO” por ser una fábrica reincidente en la contaminación del sector donde se encuentra ubicada”.

QUINTA.- Del informe emitido por el Jefe de Saneamiento Ambiental, contenido en el oficio constante a fojas 11, se establece que la presencia de la fábrica en el lugar en que funciona, sin las medidas de seguridad ambiental necesarias, provoca serias afecciones a la salud de los habitantes, como consecuencia de fugas de gas.

SEXTA.- El artículo 86 de la Constitución reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a cuyo efecto, entre otros aspectos, declara de interés público, la prevención de la contaminación ambiental y los requisitos que para este fin debe cumplir las actividades públicas y privadas, de ahí que sea imperativo que toda actividad que desarrollen las empresas, se sujete estrictamente a las disposiciones que sobre la materia rijan para evitar la contaminación ambiental y perjudicar, en última instancia, la salud y atentar contra la vida de los habitantes; su inobservancia, conforme, el artículo 87 de la Carta Fundamental, será determinante de responsabilidades civiles y penales de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por acciones u omisiones en contra de las normas de protección del medio ambiente.

La fábrica Súper Hielo, en el desarrollo de sus actividades, se encuentra afectando el medio ambiente y consecuentemente, la salud de los habitantes del sector, por lo que se establece que se encuentra lesionando el derecho consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política.

SÉPTIMA.- Los efectos de una producción que no observa las medidas de protección del medio ambiente, concre-

tados en la afección de salud de los habitantes, se evidencian en el caso de los hijos de la accionante, cuya vivienda, señala, es colindante con las instalaciones de la empresa demandada, conforme se desprende de varios certificados médicos que constan del proceso, situación que, a no dudarlo, reviste las características de daño grave.

Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

1. Revocar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, conceder el amparo solicitado, y disponer la suspensión de las actividades de la Empresa Súper Hielo, hasta que las autoridades competentes, comprueben que las actividades por ella desarrolladas, observen plenamente las normas de protección del medio ambiente o dispongan su reubicación.
2. Remitir el expediente al juez de origen para el cumplimiento de los fines de Ley.-

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

Finalmente, en este acápite, merece una breve mención, la figura procesal del coadyuvante, recogida en el artículo 25 de la LJCA, Emilio Margain Manatou (2004), citado por Juan Carlos Benalcázar (2007), manifiesta:

El coadyuvante de la autoridad demandada tiene un derecho incompatible con la pretensión que el actor formula. Es un tercero interesado en apoyar la defensa del acto administrativo que hace la autoridad, pues si esta es vencida podría sufrir un menoscabo. A diferencia del litisconsorte, el coadyuvante interviene al proceso adhiriéndose a las pre-

tensiones de la Administración demandante o la parte demandada. La doctrina y la jurisprudencia configuran al coadyuvante como una parte subordinada a la posición de otra parte principal y se habla de “la misión estrictamente cooperadora” del coadyuvante⁷⁴.

En este orden debe tenerse en cuenta, lo prescrito en el inciso final del artículo 33 de la LJCA:

El Ministro de Sustanciación dispondrá se haga conocer la demanda presentada a la persona natural o jurídica en cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugne, y a fin de que pueda hacer valer los derechos que les concede el Art. 25 de esta Ley.

De modo que la posición de coadyuvante debe vincularse con la del demandado, lo que pone a la parte mencionada, en palabras de Ernesto Velásquez (2003) “en relación de dependencia procesal de los actos que obre del demandado para defender su obrar”. (p. 173).

La citación y representación del Procurador General del Estado en el proceso contencioso administrativo

Continuando con el estudio de la legitimación, es indispensable que nos refiramos a la obligatoriedad de que se cite al Procurador General del Estado cuando se interponga el recurso contencioso administrativo en contra de determinados entes del sector público. Al respecto, el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que “*toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución*

⁷⁴ MARGAIN MANATOU, Emilio, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, 12ª edición, México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 177-178, en *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Fundación Andrade Asociados, Quito, 2007, p. 280.

de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento. Se citará al Procurador General del Estado en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente, y se le notificará en todos los demás, de acuerdo con lo previsto en esta ley (...)".

Concuerda con la norma transcrita, lo dispuesto en el artículo 28 de la LJCA⁷⁵ que se remite a la Ley de la PGE, en lo que regula respecto a la representación y patrocinio del Estado, que en armonía con el artículo 33 de la LJCA, que norma la citación en el ámbito contencioso administrativo dispone:

Art. 33.- Presentada la demanda, el Magistrado de Sustanciación dispondrá que se cite al funcionario representante de la dependencia administrativa, de la que haya emanado (sic) el acto o resolución que motiva la demanda, y se le entregue la copia de ésta.

Si el acto administrativo proviniere del Ejecutivo, o si, en general, la acción se propusiere contra el Estado o sus instituciones, la demanda se citará al Procurador General del Estado.

La demanda contra las otras personas que integran la administración local dentro del régimen seccional o contra los establecimientos públicos y personas jurídicas semipúblicas, se citarán a sus personeros legales, sin que sea menester contar con el Procurador

⁷⁵ Art. 28.- La representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso contencioso - administrativo, será ejercida de acuerdo con lo prescrito en la Ley de Patrocinio del Estado.

General del Estado, quien, no obstante, tendrá las atribuciones del supervigilancia que le confiere la ley.

El Ministro de Sustanciación dispondrá se haga conocer la demanda presentada a la persona natural o jurídica en cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugne, y a fin de que pueda hacer valer los derechos que les concede el Art. 25 de esta Ley. (Lo resaltado me pertenece).

Lo subrayado en el tercer inciso del artículo transcrito, se articula también con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la PGE:

Art. 7.- De la representación de las instituciones del Estado.- Las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado, con personería jurídica, comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales.

El patrocinio de las entidades con personería jurídica y entidades autónomas de conformidad con la ley o los estatutos respectivos, incumbe a sus representantes legales, síndicos, directores o asesores jurídicos o procuradores judiciales, quienes serán civil, administrativa y penalmente responsables del cumplimiento de esta obligación, en las acciones u omisiones en las que incurrieren en el ejercicio de su función, sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador.

Tal disposición, igualmente guarda plena armonía con lo establecido en el artículo 29 de la LJCA:

Art. 29.- La representación y defensa de otras personas jurídicas de derecho público, y de las personas jurídicas semipúblicas, **corresponde a los respectivos personeros**

legales, sea que litiguen entre sí o contra la administración del Estado, o con los particulares. (Lo subrayado me pertenece).

De acuerdo a lo anotado, es evidente que cuando se trate de entidades que no cuenten con personería jurídica se deberá demandar al Procurador General del Estado.

En el caso de un proceso contencioso administrativo instaurado en contra de entidades públicas autónomas y que por tanto estén facultadas para comparecer a través de sus personeros legales, la demanda desde luego, deberá dirigirse contra sus representantes legales debiendo simplemente notificarse de su interposición al Procurador General del Estado, quien ejercerá meramente una labor de supervigilancia del proceso cuyo ejercicio es principalmente de carácter potestativo, salvo que la Ley en casos especiales determine lo contrario.

En este orden, resulta muy orientadora la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, el de 4 de noviembre de 1999, en la que se aprecia con nitidez la diferencia entre la exigencia normativa de contar con la representación legal del Procurador General del Estado en el caso de entidades carentes de personería jurídica y la obligatoriedad de notificar sobre el inicio de un proceso contencioso administrativo, en el caso de entidades autónomas:

El Art. 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que la representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso contencioso administrativo será ejercida de acuerdo con lo prescrito en la Ley de Patrocinio del Estado; **en tanto que la representación y defensa de otras personas jurídicas, de Derecho Público y de las personas jurídicas semipúblicas, corresponde a los respectivos personeros legales, sea**

que litiguen entre sí, contra la administración del Estado o con los particulares, conforme dispone el Art. 29 de la citada Ley. En consecuencia, para saber a quién se debe citar con la demanda, primero hay que establecer si la demandada es una institución que tiene personería jurídica distinta de la del Estado, o si no la tiene. En el primer caso, habrá que establecer quién es el representante legal de esa persona jurídica, y en consecuencia es a él a quién se le debe citar con la demanda. En el caso de que no tuviere personería jurídica, la citación con la demanda ha de hacerse al Procurador General del Estado (Arts. 3 y 6 lit. a) de la Ley de Patrocinio del Estado hasta el 9 de junio de 1998; y, Arts. 3 y 6 literal a) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, desde el 9 de junio de 1998). Es evidente que si se ha cumplido con la citación al representante legal de la institución demandado con personería jurídica, o al Procurador General del Estado en los casos de órganos de la administración pública que no tuvieran personería jurídica, no habrá lugar a la excepción de ilegitimidad de personería jurídica. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (Lo subrayado me pertenece)

Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. p. 553.

(Quito, 4 de noviembre de 1999)

En esta misma línea, se clarifica lo expresado en este acápite, en la sentencia de 2 de junio de 2003, dictada por la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia:

Los Municipios son personas jurídicas de derecho público, autónomas, cuyos representantes legales son el Alcalde y el Procurador Síndico, instituciones del Estado pero diferentes del Estado; en este juicio el

demandado es el Municipio de Urdaneta no el Estado; el Procurador General del Estado tiene la facultad de representar al Estado obviamente cuando éste es el demandado; y, de vigilar las actuaciones procesales en los casos que precisa la Ley; el Municipio de Urdaneta compareció a juicio por medio de sus **personeros legales y ejerció su derecho a la defensa**; por último, sin ser indispensable, se citó con la demanda a uno de los agentes fiscales en virtud de la vigencia a esa fecha del Art. 385 del Código del Trabajo. (Lo subrayado me pertenece).

Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. p. 4002.
(Quito, 2 de junio de 2003) ★

De modo que, la citación con la demanda debe efectuarse de modo taxativo a quienes se señala como representantes legales de una entidad pública:

En recurso de plena jurisdicción o subjetivo, Pedro Silva Parra demanda se declare ilegal el acto administrativo expedido por el Alcalde de Ambato y reclama el pago de las remuneraciones que dejó de percibir. El Alcalde, dentro de las excepciones, formuladas alega ilegitimidad de personería. El Tribunal al resolver considera que, la Ley de Régimen Municipal determina como representantes legales de un Municipio al Alcalde y Procurador Síndico Municipal; y, al haberse dirigido la demanda únicamente en contra del Alcalde, indudablemente que no existe ilegitimidad de personería de la parte demandada. La Sala de Casación establece que, la Municipalidad de Ambato al ser una persona jurídica de derecho público, necesita actuar en base de sus representantes legales, siendo menester que en forma precisa se señale a quienes se les debía citar. Que dicha omisión no es simplemente la falta de aplicación

de una formalidad, sino un punto sustancial lo cual hace ajustado a derecho la aceptación de la excepción de ilegitimidad de personería, por parte del Tribunal Inferior. SALA DE LO ADMINISTRATIVO.

Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 4. Pág. 1053.
(Quito, 20 de septiembre de 1995)

Por lo expuesto queda claro, que el ordenamiento jurídico exige la representación del Procurador General del Estado en entidades que no cuentan con personería jurídica; y, de su vigilancia o supervisión, en las actuaciones procesales en los casos que precisa la Ley, que generalmente corresponden a organismos autónomos institucionales, territoriales o entidades que gozan de personería jurídica. Visto de otra forma, la Procuraduría conforme el artículo 237 del Código Político y el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁷⁶.

⁷⁶ Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.

2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones [...]

Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones:

Ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones de conformidad con lo previsto en la ley;

Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;

Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;

Representar al Estado Ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se plantee en su contra en otro Estado, de acuerdo con la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales vigentes y las leyes del Estado Ecuatoriano; [...]

h) Reclamar judicial o administrativamente de terceros los bienes fiscales; y, en el caso de los de carácter provincial o municipal o pertenecientes a organismos autónomos del sector público, requerir de las autoridades correspondientes igual medida debiendo actuar por su propia iniciativa en el evento de que no lo hicieren;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción

La LJCA clasifica al recurso contencioso administrativo en dos categorías: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

En el tema que nos ocupa, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

A renglón seguido el artículo 2 de la LJCA, establece que:

Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.

De acuerdo a este artículo se evidencia que la normativa jurídica reconoce la posibilidad de interponer un recurso subjetivo en contra de resoluciones adoptadas como consecuencia de la aplicación de una disposición de carácter general, dictaminada en contravención de la ley y que menoscaba el acervo de derechos subjetivos del administrado. Tal disposición legal compagina con lo dispuesto en el artículo 425 de la Constitución que regula el orden jerárquico de aplicación normativa⁷⁷.

⁷⁷ 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.

De modo, que el recurso subjetivo, como su nombre lo indica, se orienta a tutelar los derechos subjetivos y personales afectados por un acto administrativo. En esa línea el jurista ecuatoriano Patricio Secaira (2004), manifiesta que *“la diferencia del recurso objetivo o de anulación por el cual sólo se pretende el restablecimiento del rigor jurídico de la norma objetiva, el recurso subjetivo sirve no solo para eliminar de la vida jurídica de la resolución administrativa impugnada contraria al ordenamiento jurídico, sino para que los derechos de los administrados sean debidamente reconocidos”*. (p. 252).

Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 65 de la LJCA, *“el término para deducir la demanda en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, **serán de 90 días contados** desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna”*.

En los denodados esfuerzos argumentativos asumidos por la jurisprudencia ecuatoriana en diferenciar los recursos en sede contenciosa administrativa, una de las cuestiones principales que la preocupan, además de las que se refiere a la finalidad de cada recurso, de acuerdo a lo observado por Juan Carlos Benalcázar, es *“si cumple en cada caso el plazo para demandar, según las disposiciones del artículo 65 de la LJCA”*.

Sobre esta tradicional posición de la doctrina nacional, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de enero de 1996, señaló las principales características y diferencias entre el recurso subjetivo y el objetivo:

(...) El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece los recursos de plena jurisdicción

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

o subjetivo, y el de anulación u objetivo, que se completa la resolución de 24 de junio de 1991 (R.O. No. 722:91). Este último, recurso únicamente cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, esencialmente se trata de normas reglamentarias, que regulan un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. Mientras que, el recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular que inciden sobre un derecho subjetivo referentes a personas individualizadas y determinadas. Además, debe recordarse que el criterio judicial nacional, en fiel aplicación de la ley, ha venido sosteniendo, que el recurso subjetivo se encuentra en íntima relación con un derecho subjetivo público, protegiendo a uno o varios individuos, afectando primordialmente bienes económicos, profesionales, patrimoniales, etc., decidiendo acerca de la validez del acto administrativo, las indemnizaciones y demás reclamaciones generadas por la lesión que causa el acto administrativo, y también sobre las costas; mientras, que el recurso objetivo, por el contrario, tiene como único y excluyente objeto, que se restablezca el imperio de la Ley, lesionada por el acto administrativo impugnado, puesto que considera solamente a la norma en sí misma, expresamente identificada e individualizada, buscando restaurar el derecho normativo, pero prescindiendo de cualquier derecho subjetivo que pudiese invocar el accionante, u otras situaciones jurídicas que puedan tener los particulares, siendo improcedente pretender el pago de indemnizaciones o la devolución de bienes.

Finalmente, como anteriormente se ha decidido, el recurso objetivo, busca la anulación del ilegal acto administrativo,

debido a violaciones perpetradas en aspectos formales relacionados a la manifestación de voluntad de la administración o violaciones que afectan el objeto y fin de la gestión administrativa en aspectos materiales, así la competencia en razón de la materia y las personas o la desviación del poder en tales resoluciones, o sea que no están previstas en la ley. En el otro caso, el recurso subjetivo, busca exigir alguna acción o cosa a la Administración Pública o a las personas jurídicas semipúblicas, o viceversa, también es la facultad de éstas, a su vez para exigir algo al administrado, pero que en ambas situaciones, no es otra cosa. que la individualización del interés protegido, que constituye el derecho subjetivo, sea general o especial, excluyéndose el simple interés por la legalidad, que afectada indirectamente a los habitantes del Estado y sus organismos seccionales (...) (Lo subrayado me pertenece).

De conformidad con esta sentencia, queda claro que el recurso de plena jurisdicción contempla la declaración de ilegalidad del acto y la reparación del derecho subjetivo vulnerado, a diferencia del efecto que la LJCA confiere a la interposición del recurso objetivo o de anulación, en el que únicamente se declara la nulidad del acto normativo a fin de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico, con prescindencia de la consideración de los derechos particulares que se hubieren vulnerado.

El recurso objetivo o de anulación

La doctrina ha definido como el rasgo caracterizador del recurso objetivo o de anulación, su intrínseca relación con la salvaguarda del derecho general y del ordenamiento jurídico, al operar en contra de actos normativos que transgreden la norma jurídica, en cuya defensa precisamente opera el referido remedio procesal.

Al respecto, ilustra el tratadista colombiano, Jaime Santofimio Gamboa (2003):

El recurso por exceso de poder o de anulación surge en el derecho francés como un instrumento de carácter general y de naturaleza objetiva tendiente a controvertir la legalidad de todas las decisiones administrativas ejecutorias previa la acreditación de un interés para actuar o accionar y con el objetivo de lograr la anulación de la decisión calificada como ilegal con efectos *erga omnes*. Se trata pues de un recurso jurisdiccional fundado en la violación a reglas de derecho, a través del cual no se puede obtener reconocimiento alguno de derechos subjetivos, sino básicamente la permanencia del principio de legalidad. (Tomo III, p. 37).

De lo expresado por el precitado autor, fluye con claridad que el recurso de anulación o de exceso de poder, de acuerdo a la denominación del Consejo de Estado francés, está destinado a impugnar actos normativos; léase reglamentos, ordenanzas o figuras afines; es decir “actos que contengan normas jurídicas” y que de acuerdo a los criterios de la jurisprudencia glosados por Juan Carlos Benalcázar (2007) innovan el ordenamiento jurídico al incluir auténticas normas de derecho, que son abstractas, generales e impersonales. (p. 197)

Sobre este recurso, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de enero de 1996 concluyó:

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 calificar de que recurso de trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley. SALA DE LO ADMINISTRATIVO.

Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. p. 1379. (Quito, 10 de enero de 1996).

Reconociéndose los rasgos que informan el recurso de anulación, debe quedar claro que al permanecer la transgresión de la normativa legal en el tiempo que el acto normativo ilícito se encuentra en vigencia, no deberían limitarse los plazos para su interposición, no obstante de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 65 de la LJCA, se establece como plazo tres años para su interposición, a partir de su publicación del acto normativo recurrido.

Es menester referirnos a la añeja confusión que rodea a la procedencia de un u otro recurso, especialmente al invocarse como principal criterio de distinción entre los recursos contenciosos, de plena jurisdicción, el carácter general o particular del acto impugnado.

Al respecto, el tratadista Juan Carlos Benalcázar Guerrón (2007), ilustra con contundencia:

(...) el número de destinatarios no tiene la virtualidad jurídica de mutar el acto administrativo en una figura reglamentaria, y en su aplicación procesal, tal aspecto deviene en la consecuencia de que los derechos subjetivos pueden ser vulnerados por un cabal acto administrativo que se refiera a un indefinido número de personas. A diferencia de los reglamentos, los actos administrativos propiamente tales -en un sentido estricto- se caracterizan porque se dirigen precisa y derechamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica; porque se encaminan

a la creación, modificación, o extinción de una determinada relación jurídica, a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho o de otra circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona cosa o situación. Ahora bien, la consecuencia jurídica debe surgir directa e indirectamente del acto mismo; carácter propio de los actos administrativos que los distingue netamente de otras manifestaciones de actividad, que si bien se refieren a un asunto particular y tienen trascendencia para el Derecho, no tienen la virtualidad de producir inmediatamente los efectos descritos. La noción conceptual del acto administrativo se precisa por su referencia a un asunto particular y concreto, sin que interese la individualidad o generalidad de destinatarios. Así, son actos administrativos los que imponen una multa a la persona de un ciudadano, como los que ordenan que toda la población del país se cense en una fecha determinada o el que prohíbe fumar a todo el mundo en un edificio. Al hablar de “asunto particular” se quiere expresar lo singular y determinado del asunto y de las consecuencias jurídicas que se buscan, pero no se alude necesariamente al número de destinatarios. Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, la diferencia entre reglamento y el acto administrativo es de grado; el primero integra el ordenamiento jurídico, ya que contiene normas jurídicas abstractas e impersonales y no está llamado a consumirse con su cumplimiento en un caso singular; el segundo es un acto aplicativo del ordenamiento, que no lo innova y se agota en su simple cumplimiento, que se consume en éste, de modo que para un nuevo cumplimiento es preciso dictar otro acto administrativo. (p. 201).

Es sumamente clara la exposición del aludido autor, al diferenciar el acto normativo y sus efectos con el acto administrativo destinado a crear efectos jurídicos en una pluralidad de administrados.

Tal reflexión nos traslada indefectiblemente a formularnos la inquietud, si la errónea denominación de un recurso contencioso administrativo tendría alguna incidencia procesal. En ese sentido, la jurisprudencia ha sido concluyente en establecer, que la calificación de cada uno de los recursos se subordina al análisis de la pretensión que impulsa al demandante, *“es decir, de la observación de la pretensión procesal planteada en la demanda, según tenga por finalidad la tutela de derechos o la defensa de la legalidad”* y en consecuencia, corresponde al tribunal determinar a qué categoría o qué tipo de recurso se subsume la intención de quien activa la jurisdicción contenciosa. (Juan Carlos Benalcázar, p. 195).

En esa dirección, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de marzo de 1998, concluyó:

En cuanto a la determinación de la clase de recurso interpuesto tanto la unánime jurisprudencia de esta Sala como del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como la doctrina de los tratadistas establecen que corresponde al tribunal determinar si el recurso propuesto es objetivo o subjetivo, aún contra lo que diga el recurrente, habida cuenta de que este bien puede utilizar la determinación del recurso para adecuarlo a sus personales intereses en el caso. La atribución de la determinación por parte del Tribunal de ninguna manera se ve limitada por la calificación de los requisitos formales de la demanda, realizada en la primera providencia por el Magistrado de Sustanciación. Lo anterior nos lleva a establecer que el juez a quo no violó disposición legal alguna al proceder a determinar la clase de recurso en la sentencia, tanto más que es evidente, pese al errado pronunciamiento del libelo, que este se propuso con el propósito de lograr que se declare ilegal la privación de la carga horaria de la recurrente, su reintegro inmediato al colegio y al pago de sus sueldos, pretensiones que tienen por objeto el amparo de los derechos subjetivos del recu-

rente, es decir que configura el recurso de plena jurisdicción o subjetivo. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2972. (Quito, 27 de marzo de 1998)

Sobre el mismo asunto, la Sala de lo Administrativo de la CSJ en sentencia de 10 de enero de 1996, a la cual nos referimos previamente, dictaminó:

En síntesis, tampoco queda al criterio de los justiciables determinar la clase de recurso contencioso administrativo propuesto; ni tampoco es facultad discrecional del juzgador el efectuar la calificación, debido a que taxativamente se encuentran definidos ambos recursos por la Ley, correspondiendo a los jueces señalar su naturaleza, en primer lugar el aceptar o negar al trámite la demanda y en forma definitiva al dictar sentencia. En la especie, la resolución de 19 de abril de 1985 el Juez Especial de Minas, no constituye un acto administrativo general, normativo y abstracto, sino que por la misma característica del fallo, es un acto administrativo que decide una situación de la Empresa Minera Cumbaratza S.A., que afecta particularmente sus derechos subjetivos, y por ende de los accionistas, pero no afecta a la generalidad o totalidad de los administrados, resultando improcedente la deducción del recurso objetivo (...).

Cabe referirnos a la garantía que la doctrina comparada ha incluido como componente del derecho a la tutela judicial efectiva, que constituye el derecho a que los órganos judiciales interpreten los requisitos procesales de acceso a los recursos conforme al principio *pro actione*.

No obstante, el juzgador siempre debe tener como norte el real cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, conforme

se ha proclamado en nuestra Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y el Código Orgánico de la Función Judicial:

Art. 23.- Principio de tutela judicial efectiva de los derechos.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

En el marco de este análisis, es importante aludir al alcance que la jurisprudencia española ha consignado a esta garantía, que resumido por José Garberí Llobregat, implica:

(...) el mencionado principio únicamente despliega su plena potencialidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera respuesta de los órganos judiciales a la pretensión deducida por quien acuda a ellos en demanda de justicia, pero no cuando lo que se solicita es la revisión de dicha respuesta, supuesto en el cual *“no es constitucionalmente exigible la interpretación legal más favorable para la admisión del recurso”* (STC 250/2007, de 17 de diciembre)

De modo que tal principio concuerda con la postura consolidada por nuestra Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la simple denominación equivocada del recurso no obsta para que el juzgador, analice la pretensión del demandante a fin de enderezar la vía que deba seguir el recurso. En consonancia con lo expuesto, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 140, dispone “la jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque **no** haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”, lo que desde luego no podrá exceder el petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. No obstante en el inciso final del precitado artículo se introduce una prescripción sumamente general en la que a la limitación descrita, se le limita su aplicación “cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Demarcados los alcances y particularidades de cada uno de los recursos en sede contenciosa - no me referiré al recurso de lesividad pues ya lo hice en capítulos anteriores-, comprendemos con fluidez que la interposición de un recurso de anulación de ninguna manera es apto para restablecer los derechos subjetivos afectados de un administrado. Dado que en el Ecuador no existe el recurso paralelo en virtud del cual puede ventilarse en un mismo proceso, tanto la anulación del acto normativo ilegal como la restauración de los derechos subjetivos afectados, enseña Patricio

Secaira (2004) que, *“al declararse la nulidad de la resolución administrativa de efectos erga omnes, resurge el derecho subjetivo, pudiendo entonces el administrado interponer el subjetivo dentro de los noventa días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la sentencia anuladora”*. (p. 251)

En definitiva, no es correcto encasillar la impugnabilidad de uno u otro recurso en función de la naturaleza de los actos que se ataca, sino en virtud de las pretensiones procesales que se ligan de modo indisoluble, a los plazos de interposición señalados en el artículo 65 de la LJCA, pues recordemos que el artículo 3 de la misma norma legal no señala de modo taxativo que el recurso objetivo deba subordinarse de manera exclusiva a la oposición de actos normativos, pues dado el caso, la emisión de un acto administrativo ilegal que infrinja el ordenamiento jurídico, podría ser susceptible de un recurso de anulación, que no obstante de ser retirado de la órbita jurídica, no sería de ninguna forma idóneo para restaurar *per se* situaciones subjetivas afectadas. Así la concluyó la Sala de lo Administrativo de la CSJ, en sentencia de 29 de mayo de 1998:

Si bien el recurso de anulación u objetivo en su parte resolutive no podía ni pudo individualizar situaciones jurídicas particulares afectadas, negadas o no reconocidas, permitiendo que dentro del mismo proceso que concluyó con la sentencia se reclame por sus perjuicios, no es menos cierto que, teniendo como antecedente aquel fallo el o los perjudicados con el acto administrativo anulado, puedan deducir acción autónoma mediante el correspondiente recurso subjetivo impugnando el acto negativo tácito de la administración, como ha ocurrido en el caso *“sub júdice”*, desestimándose, por lo mismo, que la pretensión del nuevo recurso, objeto del presente juicio, fuese de competencia civil y no de lo contencioso administrativo, puesto que es consustancia el recurso subjetivo, emanante del recurso de

anulación u objetivo en el que, a la luz de la técnica jurídica no procede reclamación de derechos singulares o particulares conforme se dejó establecido antes.

Finalmente, carece de asidero legal la norma de derecho civil relativa a la irretroactividad de la Ley, porque en el ámbito especial y preeminente de lo Contencioso Administrativo, si una resolución o acto administrativo general viola la norma legal, la sentencia que la reconoce, determina que los derechos individuales o particulares afectados se restablezcan también a partir de la fecha en que fueron negados o no reconocidos precisamente por el ilegal acto de la administración abrogado merced al recurso contencioso administrativo objetivo restablecimiento que de no realizarse en la cuerda administrativa debe demandarse en la cuerda contenciosa mediante un recurso subjetivo. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. Pág. 3232.
(Quito, 29 de mayo de 1998)

En concordancia con la disposición final de esta sentencia, es imprescindible resaltar que, la anulación de los actos como consecuencia de la concesión de un recurso objetivo, tiene carácter general y retroactivo, es decir efectos *ex tunc*.

Cobijado en la Constitución Política de 1998, reflexionaba Patricio Secaira (2004) sobre la correlación entre los efectos de la acción de inconstitucionalidad y el recurso objetivo, llegando a establecer la conclusión:

“(...) a través del recurso de inconstitucionalidad es factible lograr la eliminación jurídica de estos actos administrativos, en cualquier tiempo, pero su efecto siempre será de carácter posterior a la emisión de la resolución del Tribunal

Constitucional que así lo declare: distinto al efecto retroactivo de la sentencia jurisdiccional administrativa que anule el acto o resolución impugnada”. (p. 251).

Resulta pues, un rasgo caracterizador de inestimable trascendencia, el efecto que se la ha conferido al recurso de anulación, justificado por la defensa del derecho objetivo cuya vigencia resquebrajada por la permanencia de un acto normativo ilícito, debe restablecerse, en aras de que se restituya el imperio de la juridicidad.

Debe agregarse finalmente que no todas las personas tienen derecho a interponer el recurso objetivo de anulación, *“sino sólo aquellas que demuestren judicialmente tener un interés directo afectado por la resolución”*. (Patricio Secaira, p. 249).

Al respecto José Roberto Dromi, citado por Juan Carlos Benalcázar Guerrón (2007), manifiesta:

En la práctica, los “recursos contencioso administrativos” o “acciones procesales administrativas” tienden a confundirse. En efecto, el llamado recurso por “exceso de poder” —de anulación— ha ido perdiendo su objetividad, ya que se exige la titularidad de un situación subjetiva específica de “interés legítimo” para su admisibilidad. Además, para valorar “la violación de la ley”, una de las causales de la acción de nulidad, no es suficiente examinar y decidir sobre la legalidad externa, sino que obligadamente habrá que juzgar, la legalidad interna resultante de la violación de los derechos individuales en el caso concreto⁷⁸.

Tal argumentación compagina con lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA, que plantea como requisito de la acción contencioso

⁷⁸ DROMI, José Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, p. 51 en *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2007, p. 209.

administrativa la vulneración de un derecho o interés directo del demandante.

En esa dirección, bien acota Patricio Secaira (2004):

El recurso de anulación defiende el derecho objetivo; esto es el imperio de la norma positiva, siempre que el recurrente (actor o demandante) invoque y pruebe un interés legítimo, directo y actual. La actualidad de ese interés, significa que al tiempo de interponer el recurso objetivo el actor del recurso debe estar jurídicamente vinculado a la resolución que impugna; es decir su derecho debe ser vigente. (p. 250).

Como conclusión, resulta evidente que el recurso de anulación exige la conexión entre la violación legal y la afectación de los derechos individuales del demandante a fin de que prospere en sede contenciosa.

El desarrollo del proceso

Antes de entrar a analizar la sentencia, es importante referirnos a los términos que se han señalado dentro de la legislación para la contestación de la demanda. Al respecto, de conformidad al principio de jerarquía normativa, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, promulgada en el año 2004, prevalece sobre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y sobre la contestación, dicho cuerpo orgánico dispone el término de 20 días para que las entidades públicas contesten las demandas incoadas en su contra.

Una vez que se hubiere contestado la demanda, se se mandará notificar al actor, y en la misma providencia, en el caso de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el

término de diez días, en el cual se practicarán las diligencias probatorias que se solicitaren.

Cuando la controversia versare exclusivamente sobre cuestiones de derecho, contestada la demanda se notificará a las partes, y sin otra sustanciación el Tribunal pronunciará sentencia en el término de doce días (Art. 38, LJCA); en este caso se colige, que no será necesario abrir la causa a prueba.

Respecto a los medios de prueba, serán aquellos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial, que no podrá pedirse al representante de la Administración; pero en su lugar, la parte contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán sometidas en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos. (Art. 39, LJCA).

Del mismo modo, el Tribunal podrá disponer, de oficio y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido. (Art. 40, LJCA).

Una vez concluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia, dentro de doce días. En el tiempo que decurre entre la conculsión del término de prueba hasta la expedición de la sentencia, la partes podrán presentar informes en derecho o solicitar audiencia de estrados, para alegar verbalmente. En los informes en derecho o en la audiencia en estrados no podrán plantearse cuestiones extrañas a los asuntos materia de la litis.

En esta línea, debe indicarse que que todos los incidentes que se suscitaren durante el juicio y las excepciones tanto dilatorias como perentorias no serán de previo o especial pronunciamiento y se resolverán en sentencia, salvo el que se proponga para la suspensión del procedimiento de ejecución. (Art. 42, LJCA).

Finalmente el artículo 43 de la LJCA establece que, para que haya resolución del Tribunal se necesitará de al menos dos votos conformes, tomando en cuenta que las Salas de lo Contencioso, se integran con tres magistrados. En el evento de que existiere discordancia y en consecuencia no pudiere obtenerse mayoría, se llamarán tantos Conjueces cuantos fueren necesarios para formarla.

La sentencia

Acerca de la sentencia, el maestro español Jesús González Pérez (1998) enseña:

La sentencia constituye, por supuesto, la decisión definitiva de la litis. “Es- en palabras de Gelsi- la última palabra de la justicia, la aplicación (segura, pues no puede volverse sobre la juzgado) de la voluntad de la ley para el caso concreto “y ello por tratarse de una decisión no mudable (inmutable), que ya no cabe alterar, variar o modificar”. Decisión que constituye un mandato de cumplimiento ineludible para los afectados a cuya realización todos- y especialmente los demás órganos públicos- están obligados a prestar la colaboración adecuada a los jueces y tribunales. De tal modo que la realidad jurídico-material quede conformada, en su caso, de acuerdo con el contenido del fallo. (p. 1297).

Abunda el mismo González Pérez acerca de los efectos jurídicos de la sentencia e indica que las dos direcciones en que se manifiesta tal resolución jurisdiccional son; una de carácter declarativo que tiene eficacia definitiva e involucra la cosa juzgada y entraña la “imposibilidad de que cualquier órgano dicte una nueva sentencia” y otra, ejecutiva “consistente en la actividad encaminada a cumplir lo dispuesto en el fallo, con o sin voluntad del obligado”. (La extinción de la eficacia ejecutiva en la sentencia administrativa, 1998, p. 1297).

El tratadista ecuatoriano Ernesto Velásquez Baquerizo (1995) identifica en su orden tres elementos que debe contener indefectiblemente el pronunciamiento de la sentencia: a) El fundamento y análisis de la competencia del Tribunal, *“presupuesto procesal que evitará una competencia irregular que causa nulidad en el proceso”*, lo que guarda relación con lo preceptuado en el artículo 61 de la LJCA, que dispone que *“cuando el procedimiento contencioso - administrativo adoleciere de vicios que causen su nulidad, ésta será declarada y se ordenará la reposición del proceso”*, disposición normativa que igualmente tiene conexión con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, en relación a las solemnidades sustanciales comunes a todo juicio y la facultad de los jueces de declararla; b) *“El segundo elemento surge después de haberse determinado si existe o no nulidades procesales en el juicio, cuyo procedimiento debe ser el regular, permite pasar al examen de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso planteado en la demanda”*; y, c) El tercer elemento involucra el análisis de los pronunciamientos de fondo, *“en el mismo se debe estimar o desestimar la demanda propuesta y resolver sobre las pretensiones de la demanda de tal manera que la parte resolutive actúe la tutela jurídica y se restablezca la legalidad con un fallo que puede declarar la no conformidad a derecho del acto impugnado disponiendo su anulación total o parcial”* de acuerdo a lo prescrito en el artículo 60 de la LJCA, o el restablecimiento del derecho subjetivo vulnerado a través de la disposición de medidas necesarias para restaurarlo, y también *“se podrá fijar la indemnización de daños y perjuicios de ser pertinente y existir el pedido, todo ello según lo determinan los artículos 59 y 61 de la LJCA”*. (p. 207)

Analizadas las particularidades de los recursos en sede contencioso administrativa, es importante reflexionar, acerca del alcance subjetivo de la sentencia, pues constituye denominador común en el ámbito procesal que la sentencia, tenga un efecto interpartes, que en el ámbito contencioso administrativo, corresponde a la restauración de derechos ordenada por la interposición de un recurso de plena jurisdicción. No obstante hemos visto que en el

caso de la anulación de un acto normativo, la sentencia tiene carácter *erga omnes*, sin constituirse tal efecto, patrimonio exclusivo de la estructural procesal consignada al recurso objetivo, pues la anulación de un acto como consecuencia de la instauración de un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, en algunos casos, también puede tener tal carácter.

En el ámbito del recurso objetivo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004):

El efecto *erga omnes* de la anulación de una disposición general obliga a publicar la sentencia respectiva “*en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada*”. (p. 665).

Ahondan los mismo autores, que “*la anulación del Reglamento declara su invalidez originaria*” y tiene por eso siempre el valor *ex tunc*, es decir retroactivo. (p. 665).

En relación del alcance de la sentencia en el ámbito administrativo, la Sala de lo Contencioso Administrativo en su fallo del 25 de marzo de 1998, concluyó:

En cuanto al alcance de los efectos de la sentencia, vale la pena señalar que conforme lo determina el Art. 290 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre el que recayó el fallo; en consecuencia, por más que dentro de un mismo oficio se encuentren establecidas las sanciones a dos o más personas, la declaratoria de legalidad que se resuelve en sentencia respecto del acto administrativo de sanción impuesta a quien ha recurrido al juicio, de ninguna manera puede afectar ni positiva ni negativamente, a quienes, pese al haber sido también castigados en el mismo acto, no han sido parte de dicho juicio. Esta

situación jurídica se hace más evidente, si consideramos que en el caso se está declarando la ilegalidad de un acto administrativo dentro de un recurso subjetivo, que es aquel mediante el cual se ampara un derecho subjetivo del recurrente, mientras en el recurso de anulación u objetivo se pretende la tutela de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo, razón por la cual, por excepción una sentencia en esta clase de recurso tiene efecto erga omnes. En consecuencia, en éste como en todos los casos, la sentencia tiene efecto solamente para el recurrente. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2968.

Sin embargo, es importante mencionar que la sentencia que declara la ilegalidad de una actuación administrativa por la interposición de un recurso subjetivo, también puede alcanzar efectos erga omnes, conforme acota Juan Carlos Benalcázar (2007):

Es necesario también advertir que el carácter erga omnes de la sentencia no depende necesariamente de una estructura procesal perfectamente definida. Dicho alcance, con mucha mayor fundamento, depende del vicio del acto administrativo impugnado en la demanda, y por consiguiente, perfectamente puede haber una sentencia con alcance erga omnes en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. En efecto, según la doctrina de las nulidades en Derecho Administrativo, el acto que adolece de un vicio que lo hace absolutamente nulo debe ser necesariamente eliminado del mundo jurídico, incluso de oficio. Entre otras consecuencias, la declaratoria de nulidad confirma la ineficacia erga omnes del acto, pues la gravedad del vicio trasciende a la esfera individual y alcanza a lo colectivo. De esta manera, si en un proceso contencioso administrativo de plena

jurisdicción se impugna un acto administrativo absolutamente nulo y se pretende el restablecimiento del derecho vulnerado, necesariamente la declaración de nulidad del acto hecha en la sentencia tendrá efecto erga omnes. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el administrado impugna un acto carente de fundamento y motivación o dictado por autoridad manifiestamente incompetente, que le afecta a su derecho de propiedad. La nulidad de este acto administrativo beneficiará al administrado con la reparación de su derecho, pero también trasciende a la esfera jurídica de cualquier persona, que amparándose en el acto nulo quisiera hacer valer algún beneficio en su favor.

En este punto es imperativo aludir al alcance de los efectos de la sentencia en el tiempo, pues si bien es cierto que la concesión de un recurso objetivo tiene efectos erga omnes y de carácter retroactivo, en el ámbito del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, la declaratoria sea de nulidad o de ilegalidad de un acto, definirá, el efecto *ex tunc* o *ex nunc* de la sentencia, en virtud de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de mayo de 2007:

Cuando un acto administrativo es declarado simplemente ilegal, los efectos de dicha declaratoria se producen desde que se la efectúa, mientras que cuando un acto administrativo es declarado nulo (esto es, una especie de ilegalidad tasada por su gravedad) se entiende que el acto administrativo nunca produjo efectos. Este mismo criterio ha sido incorporado en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el artículo 47. De cuanto se ha dicho, se infiere con facilidad que la carga patrimonial que deviene de la separación de un funcionario público originada en un acto administrativo posteriormen-

te declarado ilegal no puede ser concebida como un daño ilícito, pues, la misma Ley que regula las relaciones entre la Administración y sus servidores lo prevé como un efecto jurídicamente admisible. Por el contrario, cuando un acto administrativo es declarado nulo (ilegalidad calificada por su gravedad), el daño patrimonial se lo concibe como ilícito y, por ello, el legislador ha previsto el pago de las prestaciones que el funcionario dejó de percibir durante el tiempo que duró la separación de su cargo. Nótese que la carga patrimonial que comentamos tiene origen constitucional, en la medida en que el segundo inciso del numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política establece que “Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo.

Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1631. (Quito, 24 de mayo de 2007)

Analizados los efectos de la sentencia en el ámbito contencioso administrativo, es importante agregar que el artículo 47 proscribe que el Tribunal revoque o altere, el sentido de la sentencia pronunciada, sin embargo estará facultado a aclararla o ampliarla, a solicitud de parte dentro de tres días, contados a partir del día posterior al de la notificación, para lo cual, previamente deberá oírse a la contraparte. Debe indicarse que, serán los Magistrados y Conjueces que hubieren formado parte del Tribunal que resolvió la causa, también los que conozcan de las solicitudes de aclaración y ampliación del fallo expedido.

Del desistimiento, allanamiento y el abandono

La parte actora podrá desistir de la acción o recurso contencioso-administrativo siempre y cuando concurren los requisitos estable-

cidos en los artículos 374⁷⁹ y 375⁸⁰ del Código de Procedimiento Civil y la normativa que al respecto establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en el caso de entidades del sector público, de acuerdo a lo que manda el artículo 50 de la LJCA.

El artículo 12 de la Ley de la Procuraduría General del Estado respecto a la transacción y el desistimiento, dispone que los organismos y entidades del sector público con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Sin embargo, los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes.

Adicionalmente, en los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que interviniere como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público.

Sobre el abandono, el artículo 57 de la LJCA dispone que, si el procedimiento en la vía de lo contencioso - administrativo se

⁷⁹ Art. 374.- Para que el desistimiento sea válido, se requiere:

1. Que sea voluntario y hecho por persona capaz;
2. Que conste en los autos y reconozca su firma en el que lo hace; y,
3. Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo.

⁸⁰ Art. 375.- No pueden desistir del juicio:

1. Los que no pueden comprometer la causa en árbitros; y,
2. Los que intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero.

suspendiere de hecho durante un año por culpa del demandante, se declarará, **a petición de parte**, el abandono de la instancia, y éste surtirá los efectos previstos en el Código de Procedimiento Civil, por lo que se colige que el Tribunal carece de la facultad de declararlo de oficio. Al respecto el Código Adjetivo, en su artículo 373 dispone que la persona que ha interpuesto un recurso o promovido una instancia, se separa de sostenerlo, o expresamente por el desistimiento, o tácitamente por el abandono. Más adelante el artículo 83 del mismo Código, establece que, “un recurso abandonado se reputa no interpuesto; y todas las providencias anteriores a él quedan vigentes y ejecutoriadas”.

En armonía con las disposiciones citadas, el artículo 296 de la Ley Adjetiva dispone en su numeral cuarto que la sentencia se ejecutoria “por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso”.

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 24 de febrero de 1997 concluyó:

Entre la última actuación procesal y la solicitud de abandono de la instancia han transcurrido cuatrocientos días hábiles, lapso que supera el año que exige el Art. 57 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No está por demás aclarar que la norma pública aludida es clara y no se admite norma supletoria que lo reemplace. No es verdad que solamente al juzgador se le esté asignado el deber de impulso procesal de oficio; es el actor en materia contencioso administrativa quien está obligado también hacer uso de toda clase de arbitrios procesales que le franqueen las leyes para evitar la declaratoria de abandono, precisamente para precautelar sus derechos, y precaver la falta de cuidado en un

asunto de interés propio. SALA DE LO ADMINISTRATIVO.

Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2227. (Quito, 24 de febrero de 1997)

De lo expuesto fluye con claridad que la solicitud de la declaración de abandono por parte del actor sería lesiva a sus propios intereses pues coartaría su posibilidad procesal para oponerse a una situación jurídica con lo que, los efectos de la actuación impugnada, surtirían todos sus efectos jurídicos y aquella adquiriría firmeza sin que sea posible renovar una instancia para atacarla. Al respecto es importante recordar lo preceptuado en el artículo 76 de la LJCA que proscribe la suspensión de la ejecución o cumplimiento del acto administrativo salvo en las resoluciones que expidiere la CGE⁸¹.

La ejecución de la sentencia

El artículo 62 de la LJCA dispone que las sentencias del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo se notificarán a las partes y se ejecutarán en la forma y términos que en el fallo se consignent, bajo la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda. Más adelante, el artículo 64 de la misma norma dispone:

Art. 64.- El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones

⁸¹ Art. 76.- Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.

Exceptúense de lo dispuesto en el artículo e inciso anterior los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiere la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse.

señaladas, adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo.

Los funcionarios o empleados administrativos que retardaren, rehusaren o se negaren a dar cumplimiento a las resoluciones o sentencias del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, estarán incurso en lo preceptuado en el numeral 4o. del Art. 277 del Código Penal.

Correlativamente, el artículo 39 de la LME establece:

Quando cualquier órgano jurisdiccional declare, mediante sentencia ejecutoriada, la obligación del Estado o de cualquier entidad del sector público, a pagar cualquier suma de dinero o cumplir determinado acto o hecho, la ejecución de dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Al respecto el artículo pertinente del Código Civil, es el 440:

Art. 440.- Si el juicio hubiere versado sobre la entrega de una especie o cuerpo cierto, el ejecutado será compelido a la entrega, de ser necesario, con el auxilio de la Policía Nacional. Si la obligación fuere de hacer, y el hecho pudiere realizarse, el juez dispondrá que se realice por cuenta del deudor. Si la especie o cuerpo cierto no pudiere ser entregado al acreedor, o no se obtuviere la realización del hecho, el juez determinará la indemnización que deba pagarse por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro, por el procedimiento de apremio real.

Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que

deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio.

En base a este artículo, Juan Carlos Benalcázar (2007) señala la limitación contenida en esta prescripción normativa y su forzosa extrapolación al ámbito contencioso administrativo, pues evidentemente son aplicables en la entrega de la cosa, pero surgen inquietudes cuando se trate por ejemplo, de “obligar a la Administración a dictar un acto administrativo”.

Sin embargo fluye con claridad que la naturaleza especial de la jurisdicción contencioso administrativa y que dentro de su ámbito se concede al órgano jurisdiccional administrativo la potestad de tomar las medidas destinadas a reparar los derechos vulnerados como resultado del accionar de la Administración Pública, que desde luego no se limitan a la hipótesis normativa prevista en el precitado artículo del Código de Procedimiento Civil, conforme apreciamos en el artículo 39 de la LME.

No podemos dejar de lado que la administración de justicia implica tanto la declaración de los derechos como la ejecución de lo juzgado. El Código Orgánico de la Función Judicial consagra en su artículo 20 el principio de celeridad que involucra la oportunidad y rapidez de la administración de justicia tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Se articula lo invocado, con el principio de la obligatoriedad de administrar justicia recogido en el artículo 28 del mismo Código, que atribuye los jueces el deber de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

A este elenco de principios, se agrega uno de vital importancia, denominado en el COFJ, como principio de colaboración⁸², que

⁸² Art. 30.- PRINCIPIO DE COLABORACIÓN CON LA FUNCIÓN JUDICIAL.- Las Funciones Legislativa, Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, con sus organismos y dependencias, los gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes espe-

impone a las restantes funciones del Estado, a los gobiernos autónomos descentralizados, regímenes especiales así como los empleados y funcionarios que las integran, la obligación de colaborar con la Función Judicial; deber que obviamente no excluye a las instituciones del sector privado y toda persona en general, so pena de incurrir en el delito de desacato. Se adicionan a este plexo de obligaciones, los deberes asignados a los servidores de la Función Judicial (Art. 100 COFJ) y las facultades jurisdiccionales reconocidas a los jueces (Art. 130 COFJ).

En este orden ideas, no debe dejarse de resaltar que dentro de los deberes de los servidores judiciales se establece, en su numeral 13, el de “rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvenciones, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución. Igualmente dichos servidores tienen el deber de rechazar de plano los escritos y exposiciones injuriosos, ofensivos o provocativos, sin perjuicio de la respectiva sanción”, obligación que se la transcribe en las facultades jurisdiccionales de los jueces en el artículo 130 del COFJ.

Es evidente que tales garantías buscan proteger la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva por un lado, mediante la proscripción del impulso de incidentes procesales y por el otro, a

ciales, y más instituciones del Estado, así como las funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados y más servidoras y servidores que los integran, están obligados a colaborar con la Función Judicial y cumplir sus providencias.

La Policía Nacional tiene como deber inmediato, auxiliar y ayudar a las juezas y jueces, y ejecutar pronto y eficazmente sus decisiones o resoluciones cuando así se lo requiera.

Las juezas y jueces también tienen el deber de cooperar con los otros órganos de la Función Judicial, cuando están ejerciendo la facultad jurisdiccional, a fin de que se cumplan los principios que orientan la administración de justicia.

Las instituciones del sector privado y toda persona tienen el deber legal de prestar auxilio a las juezas y jueces y cumplir sus mandatos dictados en la tramitación y resolución de los procesos. Las personas que, estando obligadas a dar su colaboración, auxilio y ayuda a los órganos de la Función Judicial, no lo hicieran sin justa causa, incurrirán en delito de desacato.

través de la supervigilancia de los operadores de justicia de la buena marcha del proceso, teniendo como deber su impulsión mediante la adopción de medidas encaminadas a superar los obstáculos o maniobras dilatorias que conspiren contra la celeridad procesal. Se cierra el cerco de protección de esta garantía mediante la tipificación de infracciones y sanciones disciplinarias a partir del artículo 106 del COFJ en adelante y en la consideración de aquellas y de la producción cuantitativa y cualitativa del juez en la evaluación de su cambio de categoría, a ser revisado cada tres años, de acuerdo al artículo 50 del mismo Código. Del mismo modo debe indicarse que se encuentra dentro de las prohibiciones a los abogados (Art. 335 COFJ), utilizar mecanismos procesales de forma temeraria, tendientes a retardar la ejecución de la sentencia.

Finalmente el artículo 142 del COFJ dispone:

Art. 142.- Ejecución de sentencias.- Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo.

Paralelamente, los artículos 62 y 64 de la LJCA así como el 39 de la LME que modulan la ejecución de las sentencias en el ámbito contencioso administrativo contienen un vacío legal al no establecer el plazo en que deba efectuarse dicho cumplimiento. Sin embargo el artículo 207 del ERJAFE, que regula los efectos ejecutivos de las resoluciones judiciales, estatuye el plazo de 30 días para que se cumpla la providencia dictada por el órgano jurisdiccional mediante el cual se impele a la Administración Pública

matorias de las resoluciones de la Administración cuando se incurran en los casos señalados en el artículo 63⁸⁵ de la LJCA.

En tal sentido, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la suspensión de la sentencia, en lo concerniente a la interposición del recurso de casación, concluyó:

El Art. 16 del texto original de la Ley de Casación, disponía que de solicitarse la suspensión de la ejecución de la sentencia, el solicitante debía presentar caución para responder por los perjuicios estimados producidos por la demora en la ejecución de la sentencia; ordenando el Art. 17 que si la sentencia o auto no es objeto de casación, con la caución se seguirá respondiendo por los perjuicios, que serán liquidados mediante el procedimiento seguido para la ejecución de la sentencia.

El Art. 14 de la Ley Reformatoria a la Ley de Casación reformó la norma antes mencionada, disponiendo que si el fallo rechaza el recurso de casación totalmente, el Tribunal a quo entregará a la parte perjudicada por la demora, el valor total de la caución.

En el caso, la caución fue presentada por el demandado para suspender los efectos de la sentencia toda vez que propuso el recurso de casación del fallo, recurso que fue rechazado en su totalidad por esta Sala.

Finalmente, el artículo 63-B⁸⁶ de la LJCA, determina que por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia

⁸⁵ Art. 63.- No podrán suspenderse o dejar de ejecutarse las sentencias confirmatorias de las resoluciones de la Administración, a menos que tales resoluciones se hubieren expedido sobre materias atribuidas expresamente por la Ley a algún Órgano Administrativo o Jurisdiccional distinto del que dictó la resolución, o el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo no hubiere sido competente para conocer y fallar sobre el asunto y se propusiere demanda de nulidad de la sentencia, antes de que ésta haya sido ejecutada. Se entenderá ejecutada la sentencia, para estos efectos, cuando hubiere sido cumplida en todas sus partes.

dictada por el Tribunal Contencioso - Administrativo no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, ante lo cual deberá reemplazarse tal cumplimiento por una prestación que restaure el equilibrio patrimonial afectado.

Como colofón al presente acápite y lo argumentado, resulta muy decidora la sentencia de la Sala de lo Administrativo, en relación a su ejecución cuando enfrenta una imposibilidad legal o material:

(...) Es evidente que el Art. 16 de la Ley de Casación en su parte final dispone que si no se presenta la caución se dispondrá la ejecución de la sentencia; y es también evidente que el Art. 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ejecutarán en la forma y términos que en el fallo se consigne, bajo la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda, pero también no es menos evidente que el tercer artículo innumerado que sustituyó al Art. 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por disposición del Decreto 611, publicado en el Registro Oficial N° 357 de 31 de julio de 1975, dispone que: "Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, a no ser que se indemnice al perjudicado por el incumplimiento en la forma que determine el propio Tribunal"; normatividad ésta, que abre la posibilidad de sustituir la forma y términos en que se dictó el fallo por una indemnización determinada por el Tribunal, cuando ocurriere una imposibilidad legal o material para el cumplimiento de tal

⁸⁶ Art. 63-B.- Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Contencioso - Administrativo no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, a no ser que se indemnice al perjudicado por el incumplimiento, en la forma que determine el propio Tribunal.

fallo; éste es el marco legal que debe aplicarse al caso. (SENTENCIA No. 209-99163)

La casación administrativa

El artículo segundo de la Ley de Casación establece que el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

De acuerdo al principio de unidad jurisdiccional consagrado en el artículo 10 del COFJ la administración de justicia ordinaria le corresponde a la Función Judicial y aquella se desarrolla en instancia o grados, sin que pueda considerarse como tales, a la casación y a la revisión, pues constituyen recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia. Paralelamente el artículo 184 del mismo Código confiere la competencia exclusiva a las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, para conocer los recursos de casación y revisión en la materia de su especialidad.

A renglón seguido el artículo 185 del COFJ determina que la Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá:

1. Los recursos de casación en las causas en materia administrativa;
2. Los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares;

3. Los recursos de casación por juicios iniciados por los administrados, por inacción de la Administración en la prestación de servicios públicos o por reclamos debido a deficiente o irregular servicio, brindado por las delegaciones, concesiones o privatizaciones entregadas mediante respectivo convenio;
4. Los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias y autos definitivos dictados dentro de los procesos de propiedad intelectual;
5. Los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias y los autos definitivos dictados dentro de los procesos de excepciones a la coactiva en materia no tributaria;
6. Los recursos de casación en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado; así como los recursos de casación por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas a las que por delegación o concesión se les haya entregado servicios públicos;
7. Los conflictos de competencia positivos o negativos entre autoridades o dependencias del sector público, referente a servicios públicos; y,
8. Los demás que establezca la Ley.

Queda claro que corresponde a la sala especializada de lo Contencioso Administrativo conocer los recursos de casación interpuestos contra sentencias y autos definitivos que se hayan dictaminado por causas de naturaleza administrativa. Es imperativo referir, la importancia de la casación en el sistema republicano,

toda vez que realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia y su sujeción al ordenamiento jurídico.

Con razón afirma Santiago Andrade Ubidia:

La función del Estado es constituir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando por que los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública, como se ha señalado “política” en el más noble sentido de la palabra, que tiene directa relación con el orden público y la realización de fines del Estado, lo cual implica que inclusive explica que la triple reiteración de las resoluciones del Tribunal de Justicia alcancen fuerza obligatoria y vinculante para los tribunales y jueces de instancia, ya que es una emanación directa del poder público, es decir, la soberanía que nace del pueblo y cuya voluntad se ejercer a través de este órgano, de conformidad con el mandato de la Carta Fundamental, recogido en su Art. 1.2. (p. 17).

Si largo es el camino recorrido por la jurisdicción contencioso-administrativa, mucho más largo es el camino que aún falta por recorrer, puesto que ahora último a la jurisdicciones especializada de lo contencioso-administrativo, como resarcidora de la legalidad y el interés público, se le ha menguado su poder, confinándole a ser una simple Sala de la Corte Provincial, lo único rescatable de esta reforma, si algo se quiere rescatar, es el hecho de que el contencioso administrativo, esté más al alcance de los administrados.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

POTENTIOR EST



FUNDADA EN 1620
QUITO

Impugnando todo tipo
de actuación de la
administración

(Actividad Formal y
Material)

Activa la vía
jurisdiccional



Se erige como una
herramienta de control

EL RECURSO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Proceso a la luz del
derecho de acción y de
tutela judicial efectiva

Instauración de un
proceso judicial,
autónomo e
independiente.

Resuelve los conflictos
suscitados entre la
Administración Pública
(actuando como parte
litigante), y los
particulares, en procura
del restablecimiento
del ordenamiento
jurídico.

LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Derecho de un sujeto, para actuar en un proceso por tener capacidad legal o aptitud jurídica para comparecer a juicio, así como también la de representación legal y suficiente para litigar.

ACCIONANTE

En contra de

ACCIONADO

- Requiere de un interés directo que involucra la existencia de una situación jurídica afectada

- Administración Pública
- Beneficiario de un acto administrativo (cuando vulneren un derecho o interés directo del demandante).

La norma legal exige la representación del Procurador General del Estado en entidades que no cuentan con personería jurídica y su vigilancia, en los casos que demanden a organismos autónomos.

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción

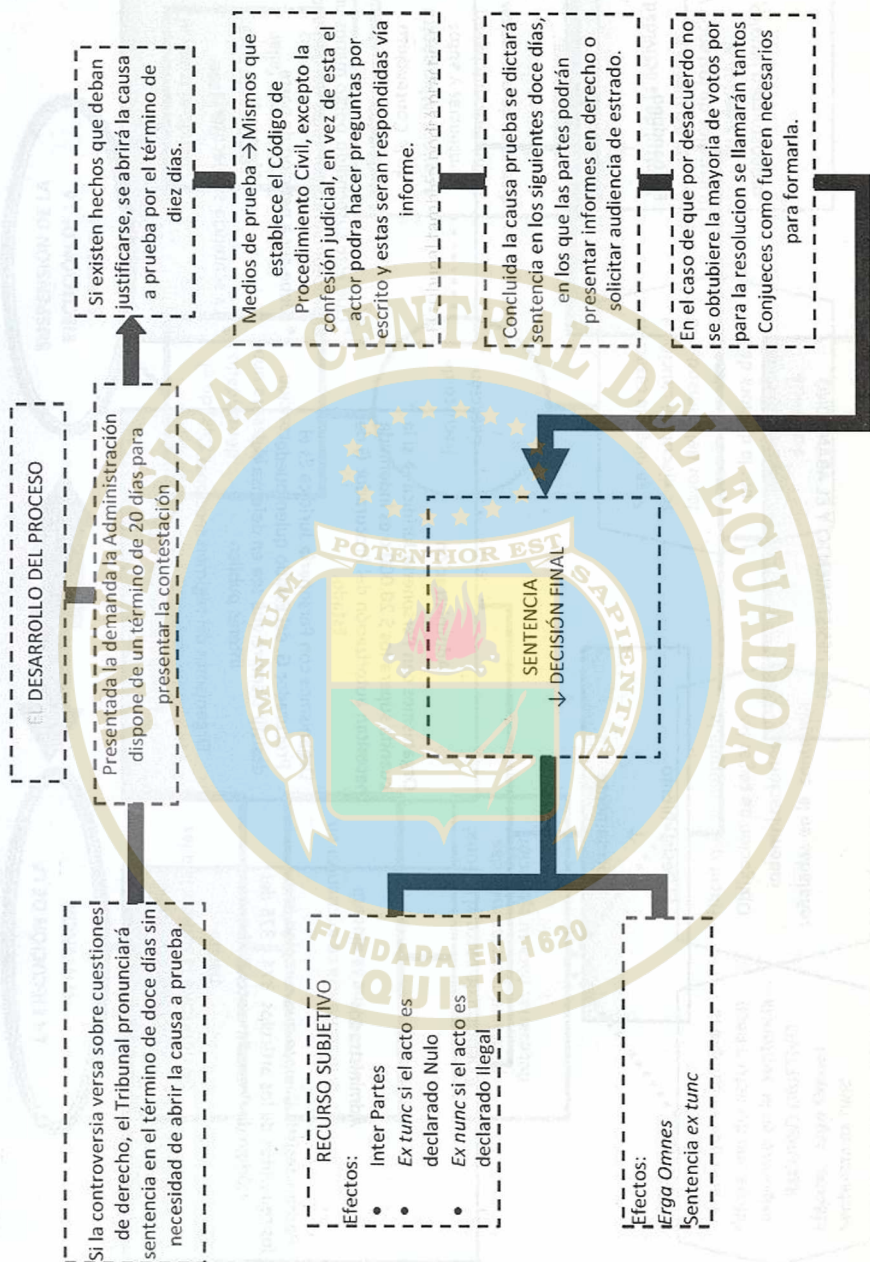
El recurso objetivo o de anulación

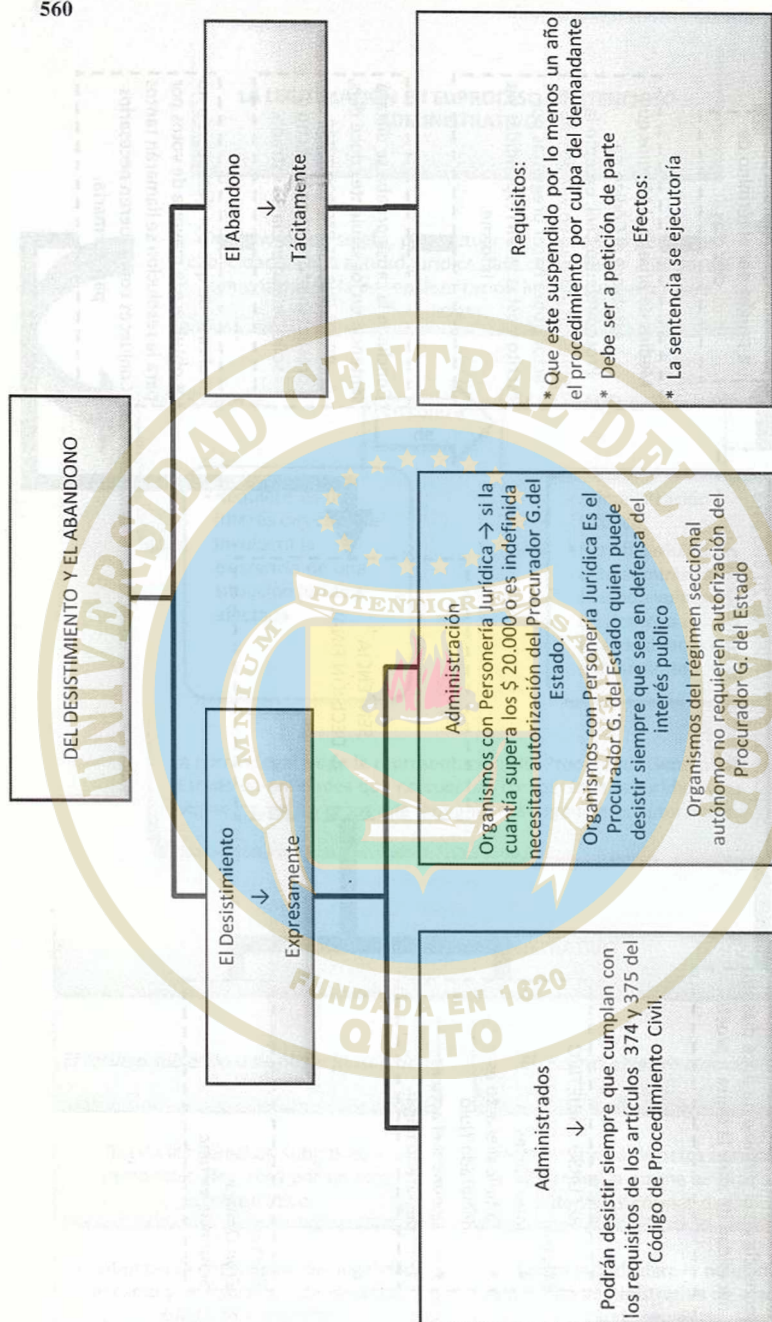
Tutela los derechos subjetivos y personales afectados por un acto administrativo

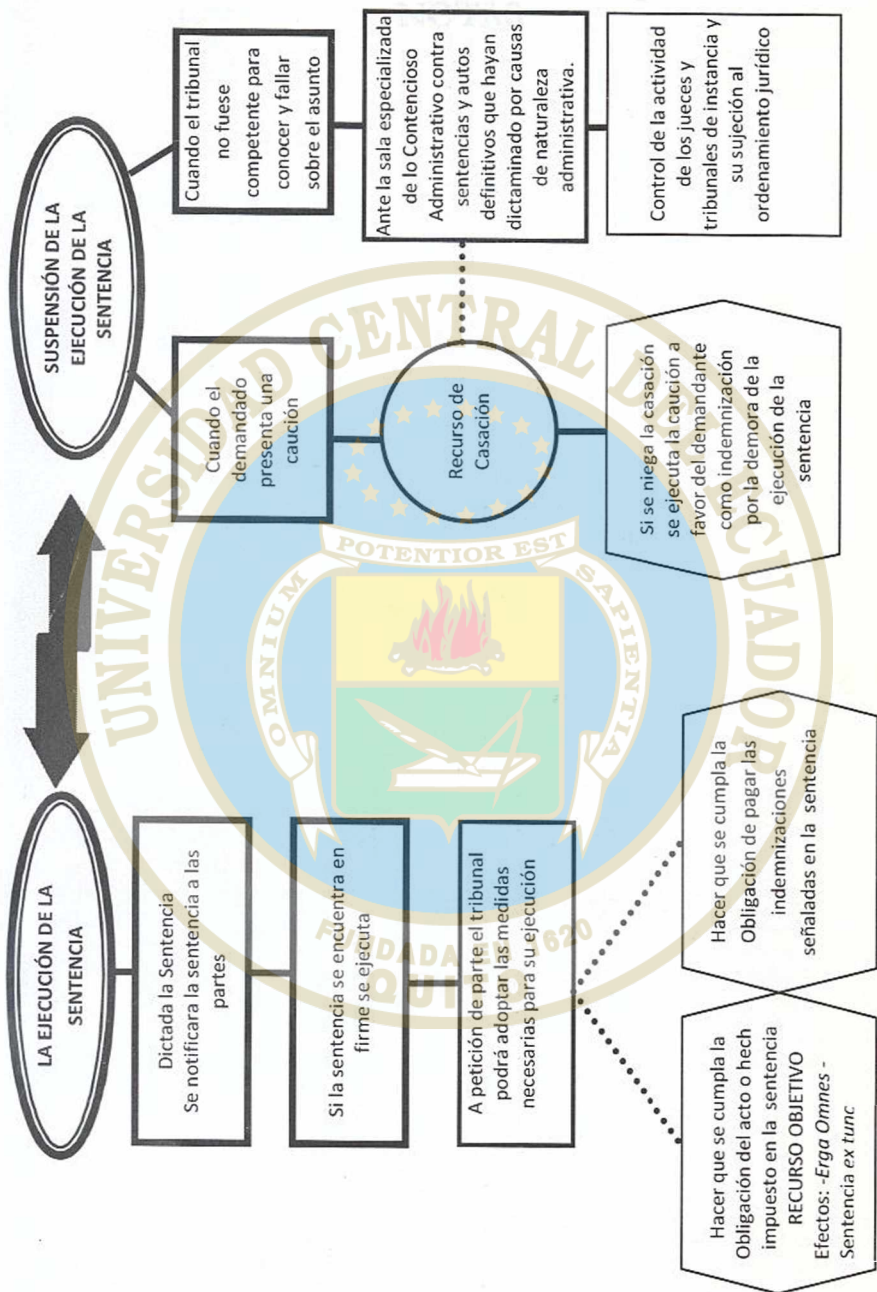
Opera en contra de actos normativos que transgreden la norma jurídica al incluir auténticas normas de derecho

Contempla la declaración de ilegalidad del acto y la reparación del derecho subjetivo vulnerado

Solamente declara la nulidad de la resolución administrativa de efectos *erga omnes*







UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



FUNDADA EN 1620
QUITO



NOTAS

NOTAS



Central o Institucional perteneciente a la Fiscalía o a la Unidad de la Policía Judicial, para que se proceda a pagar una suma de dinero o ejecutar otra diligencia, si lo contrario no hacer³.

No obstante, el visto cubierto por el FRIAP, exclusivamente cubre a la Administración Pública Central o Institucional.



PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

El presente proceso se inicia cuando el Jefe de la Unidad Ejecutora de la Administración Pública Central o Institucional, por el FRIAP, solicita a la Unidad Ejecutora de la Policía Judicial, para que se proceda a pagar una suma de dinero o ejecutar otra diligencia, si lo contrario no hacer³.

No obstante, el visto cubierto por el FRIAP, exclusivamente cubre a la Administración Pública Central o Institucional.

El presente proceso se inicia cuando el Jefe de la Unidad Ejecutora de la Administración Pública Central o Institucional, por el FRIAP, solicita a la Unidad Ejecutora de la Policía Judicial, para que se proceda a pagar una suma de dinero o ejecutar otra diligencia, si lo contrario no hacer³.

No obstante, el visto cubierto por el FRIAP, exclusivamente cubre a la Administración Pública Central o Institucional.

El presente proceso se inicia cuando el Jefe de la Unidad Ejecutora de la Administración Pública Central o Institucional, por el FRIAP, solicita a la Unidad Ejecutora de la Policía Judicial, para que se proceda a pagar una suma de dinero o ejecutar otra diligencia, si lo contrario no hacer³.

No obstante, el visto cubierto por el FRIAP, exclusivamente cubre a la Administración Pública Central o Institucional.

ESTELITA

DELSIB-UC

SU VER

PENAL POR LA LEY

UNIVERSIDAD



Central o Institucional perteneciente a la Función Ejecutiva a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer⁸³.

No obstante, el vacío cubierto por el ERJAFE, como sabemos, únicamente cubre a la Administración Pública Central e Institucional.

Abundando en este análisis, conviene citar la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, el 13 de abril de 1999 en la que se ilustra sobre los alcances de la ejecución de la sentencia:

El Art. 299 del Código de Procedimiento Civil dispone: "La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa, pero se puede corregir el error de cálculo". El siguiente Art. 301 dice: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho (...). Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos a la misma". En resumen, a quien ejecuta la sentencia firme, pese a estar en desacuerdo con ella por razones teóricas o legales, sólo le corresponde acatarla

⁸³ ERJAFE, Art. 207.- Efectos ejecutivos de las resoluciones judiciales.- Cuando un órgano judicial actuando con jurisdicción ordinaria declare mediante auto o sentencia, la obligación de la Administración Pública Central o Institucional perteneciente a la Función Ejecutiva sometidas a este estatuto a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer, el cumplimiento de dicha providencia se lo debe realizar en un plazo máximo de treinta días contados desde su ejecutoria. El funcionario que omitiere cumplir con este deber será sancionado de conformidad con lo previsto en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y demás leyes que rigen el sector público.

Vencido este plazo se podrá ejecutar el auto o sentencia conforme a lo establecido en el Art. 450 del Código de Procedimiento Civil. La mora en el pago de obligaciones dinerarias a favor del administrado generará intereses a su favor.

El funcionario que omitiere el deber de cumplir las resoluciones judiciales definitivas será responsable administrativa, civil y penalmente por las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

íntegramente, sin modificarla o alterarla, salvo la corrección de la equivocación matemática, que se ha llegado a entender también comprende los errores de transcripción fehaciente, ya que cualquier otro cambio es una irregularidad, que según la evidente malicia puede constituir no solo equivocación in procedendo o in judicando, sino hasta infracción penal. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. p. 4249. (Quito, 13 de abril de 1999).

Es preciso indicar, que la ejecución de la sentencia es posible una vez que aquella se encuentre firme o ejecutoriada por no haberse recurrido en su contra de acuerdo a lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil⁸⁴. Al respecto muy gráficamente, explicaba Tomás Hutchinson (2004) que “la sentencia firme tiene autoridad de cosa juzgada, y ésta como decían pintorescamente los juristas medioevales, “hace de lo blanco, negro y de lo cuadrado redondo”. En otras palabras aun cuando la sentencia firme sea errónea de hecho o de derecho, crea su propio “valor” y su propio “derecho”, es decir, “hace el Derecho”. (La sentencia en los juicios administrativos, efectos y ejecución en Proceso Administrativo III, Tomás Hutchinson, 2004, p. 87).

En conclusión, la ejecución de lo juzgado es uno de los pilares de la garantía de la tutela judicial efectiva, pues reviste de eficacia a la decisión jurisdiccional.

Sin embargo, puede darse el caso, que se suspenda la ejecución de la sentencia ante la presentación de una caución mientras se dilucida el recurso de casación o en el caso de sentencias confir-

⁸⁴ Art. 296.- La sentencia se ejecutoria:

1. Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal;
2. Por haberse desistido del recurso interpuesto;
3. Por haberse declarado desierto el recurso;
4. Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso; y,
5. Por haberse decidido la causa en última instancia.

Esta obra se complementa con:

Constitución de la República

SIB - UCE



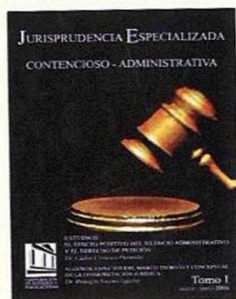
FECHA DE DEVOLUCIÓN



Ley de la Jurisdicción
Contencioso Administrativa



Jurisprudencia Especializada
Contencioso Administrativa

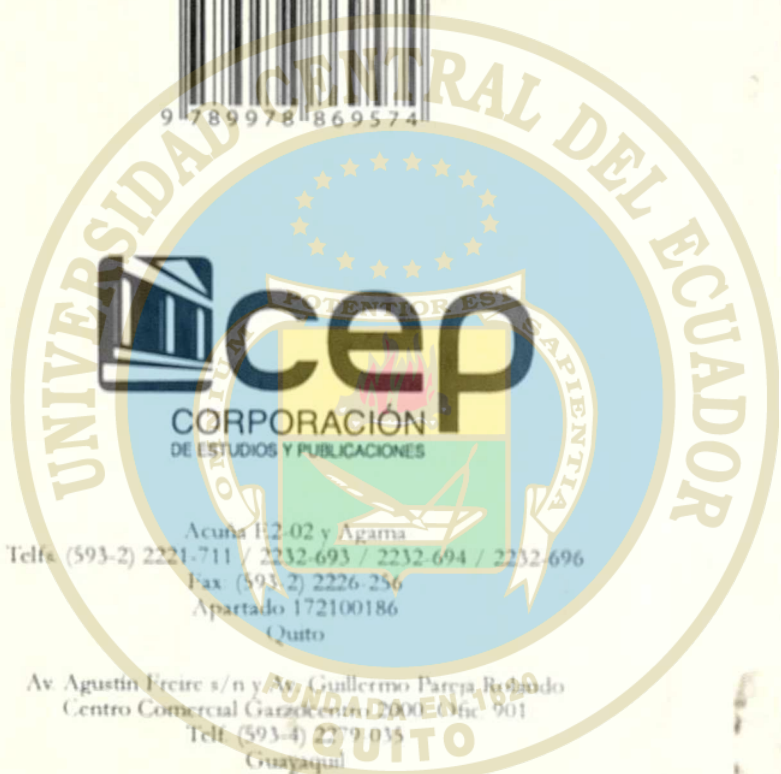


P.V.P.: US 35.00

ISBN 978-9978-86-957-4



9 789978 869574



Acuña E2-02 y Agaña
Telfa (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256
Apartado 172100186
Quito

Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Robledo
Centro Comercial Garzalecentro 2000 Ofic. 901
Telf. (593-4) 2379-035
Guayaquil

Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf. (593-7) 2837-821
Cuenca

Morales & Asociados
ESTUDIO JURIDICO

www.moralesasociados.com