

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES EN EL
REGIMEN CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.**

AUTOR:

Dr. Fernando Ortega Cárdenas

DIRECTOR: Dr. John Espinosa V.

Loja, 2011

DECLARACIÓN DE AUORÍA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor”.

Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas

.....

CC. 1709039026

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional de la Universidad”

Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas

.....

Dr. John Esteban Espinosa Villacrés

DOCENTE –DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante RAMIRO FERNANDO ORTEGA CÁRDENAS, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 21 de marzo de 2011

Dr. John Esteban Espinosa Villacrés

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja y al Dr. John Espinosa por sus momentos de instrucción profesional.

Dr. Fernando Ortega Cárdenas

DEDICATORIA

A mi esposa por el tiempo, apoyo y esfuerzo dedicado para que salga a la luz este trabajo.

Dr. Fernando Ortega Cárdenas

ESQUEMA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE

Introducción

El acto administrativo

Naturaleza

Clasificación

Elementos del acto administrativo

Efectos

Ejecución

Control administrativo

Control jurisdiccional

Control de la constitucionalidad de los actos administrativos

SEGUNDA PARTE

El acto administrativo con efectos generales

Definición

Naturaleza jurídica

Elementos

Control de la legalidad

La acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos de efectos generales

Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Conclusiones

Recomendaciones

LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES EN EL REGIMEN CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.

PRIMERA PARTE

1. Introducción

El Estado contemporáneo nace a la luz de la destrucción del despotismo monárquico. Las tesis de la Ilustración promovieron el aparecimiento de la democracia participativa que trajo consigo la separación de los Poderes. El Estado tiene su razón de ser en tanto en cuanto permite que cada uno esté protegido de los excesos de los otros hombres dentro del sistema absolutista. Si antes el poder estaba concentrado en una sola persona quien ejercía todas las atribuciones, la Revolución Francesa dividió al Poder en la “*trías política*” (Ejecutivo, Judicial y Legislativo). De esta manera, y para evitar que uno de los poderes se vea con superioridad a los demás se creó el sistema de “controles y contrapesos” que proviene del constitucionalismo anglosajón (checks and balances).

Bajo este esquema se desarrolla el proceso de formación de los diferentes organismos pertenecientes a la Administración Pública que permiten el autocontrol del Poder, ellos buscarán que los Poderes del Estado se sometan al imperio de la Ley. Esto desemboca en el principio de legalidad. El Estado en sí mismo está sometido al Derecho. La Constitución por ser la norma suprema es la que delimita el campo de acción de las facultades de los diferentes organismos de la Administración Pública. Pero más allá de eso, el propio Estado está limitado en su actuación por la Constitución que es la norma fundamental. La Constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de éstos con los ciudadanos, estableciendo así las bases para su gobierno y para

la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. Este instrumento normativo busca garantizar al pueblo sus derechos y libertades. De esta manera se constituye el Estado de Derecho formal.

La garantía que permite tener la certeza que todas las normas inferiores se encuentren armonizadas con la Constitución se denomina control constitucional que es parte de la rama del Derecho conocida como Derecho Procesal Constitucional¹. Es la facultad de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas.² En el Constitucionalismo ecuatoriano el control constitucional ha sufrido una serie de transformaciones, conforme las nuevas concepciones plasmadas en las diferentes Cartas Supremas.

En los orígenes de la historia constitucional ecuatoriana, aparece por primera vez un organismo con la facultad de “*Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y, dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión.*”; en la Constitución de 1851 (Art. 82, numeral 1º) encargado al Consejo de Estado que se originó en el Consejo de Estado. Vemos la limitación del control constitucional, pues solo se circunscribía a las acciones del Ejecutivo, dejando de lado las otras actuaciones de las restantes Funciones del Estado. Posteriormente, en la Constitución de 1906, se establece que el máximo organismo de interpretación de la Constitución es el Poder Legislativo (Art. 54, numeral 1º de la Constitución de 1906) con la obligación de expedir una ley que resuelva o interprete la

¹Wikipedia, La Enciclopedia Libre; ***Derecho Procesal Constitucional***, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_constitucional, revisado el 11 de agosto de 2010.

² De Stefano, Juan Sebastián; ***El control de constitucionalidad***, Revista de Análisis Jurídico Urbe et Lus, Año I, Nº 7, http://www.urbeetius.org/newsletters/07/news7_destefano.pdf, revisado 11 de agosto de 2010.

duda constitucional. Pero en materia de control de la constitucionalidad continúa bajo la figura del Consejo de Estado (Art. 98, numeral 1º).³ No es sino hasta la Constitución de 1945, en que se crea un organismo que realiza el control constitucional de las leyes y las garantías constitucionales, por lo que dicho organismo toma el nombre de “Tribunal de Garantías Constitucionales”. Lastimosamente, esa potestad está limitada en tanto en cuanto la resolución sobre la inconstitucionalidad se la entrega a la Función Legislativa (Art. 160, numeral 4º de la Constitución de 1945). Existe un avance al hacer mención al control de la constitucionalidad de las demás actuaciones administrativas de los diferentes entes del Estado a través de que se le otorga la facultad de ejercer jurisdicción en lo contencioso administrativo (numeral 7º), la que en la Constitución de 1906 estaba entregada al Consejo de Estado, según el Art. 98, numeral 9º. Es decir, se unificó en este nuevo organismo independiente el control legal y constitucional de los actos administrativos y de los actos con fuerza de ley. Otro asunto que hay que destacar es que en esta Carta Suprema se habla ya de un incipiente control difuso, al mencionar que la suspensión de una ley será procedente previa petición de un juez o tribunal de última instancia y si el Tribunal de Garantías Constitucionales no resolviere dentro del término perentorio de veinte días, el juez aplicará la ley vigente. Esto último, es lo que le quita eficacia al control del juez pues la Constitución dispone que el juez deba aplicar la ley “vigente” y no la ley que se considere constitucional, perdiendo toda fuerza la facultad judicial de control constitucional.

Luego de algunos ensayos de nuevas Constituciones vemos que en la Constitución de 1978 reformada en 1984, se menciona en el Art. 141, que una de la facultades que tenía el Tribunal de Garantías Constitucionales era: “*suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos,*

³ Trabucco, Federico; *Constituciones de la República del Ecuador*, Editorial Universitaria, 1975, Quito-Ecuador, pg. 342.

reglamentos, ordenanzas o resoluciones que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo. El Tribunal someterá su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución del Tribunal, ni la del Congreso Nacional, ni la del Plenario de las Comisiones Legislativas tendrán efecto retroactivo;” Se menciona expresamente que se podrán suspender los efectos de acuerdos y resoluciones inconstitucionales. Se entiende que se habla en general de las actuaciones administrativas de los organismos del Estado. El control legal de los actos administrativos están a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que en la actualidad fue degradado jerárquicamente, por el Código Orgánico de la Función Judicial (RO. 544 de 9 de marzo de 2009) toda vez que el Tribunal de su nivel nacional y equiparable a la antigua Corte Suprema de Justicia pasó a ser una sala de la Corte Nacional de Justicia y se crearon salas de lo contencioso administrativo en las Cortes Provinciales. Sin embargo, cabe destacar que ante esta situación se ha elevado la voz de la actual Corte Nacional, que recogiendo esta inquietud, ha presentado un proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, remitida por el Presidente de la Corte Nacional a la Asamblea Nacional el día 19 de Octubre de 2010, ingresada con código N° 2010-133. En este Proyecto de Ley la Corte Nacional plantea que se mantengan los Tribunales Distritales tanto de lo Contencioso Administrativo como de lo Contencioso Tributario, por su carácter especialísimo y amparándose en lo rescrito en el Art. 22 del Régimen de Transición incorporado a la Constitución de 2008 que hace ver que la disposición del Código Orgánico de la Función Judicial, referente a la creación de salas especializadas, se traduce en inconstitucional. Cabe indicar que hasta el momento, este Proyecto de Ley ni siquiera ha sido calificado y por lo tanto, no sabemos el destino que tendrá; por lo tanto, es importante tener presente este hecho que en la práctica nos mantiene en una situación de incertidumbre sobre la conformación de estos organismos de justicia especializada.

De esta manera, aterrizamos en lo dispuesto en el Art. 436 y sus diez numerales de la Constitución de 2008, en donde se mencionan expresamente que el control constitucional que ejercerá la Corte Constitucional, llegará hasta los actos administrativos de carácter general (numeral 5º) e incluso los actos administrativos con efectos generales (numeral 4º). Por otro lado, cabe destacar la mención de otorgarle a la Corte Constitucional características jurisdiccionales en la función de control (Art. 429). Así tenemos un sistema *sui generis*, pues existe un órgano centralizado que realiza el control constitucional (control concentrado), pero queda establecido un control difuso limitado a cargo de los jueces ordinarios que ejercen facultades de juez constitucional (Art. 428). Esta facultad, si bien no es plena por cuanto el juez al encontrar la norma inconstitucional solo puede remitir en consulta a la Corte Constitucional para que se pronuncie y no puede por sí mismo determinar la inaplicabilidad de la norma presuntamente inconstitucional, constituye un avance.

Como hemos visto, la evolución constitucional ecuatoriana ha culminado en que todos, o casi todos los actos administrativos provenientes de la Administración Pública estén sujetos a la verificación de que se encuentren en armonía con la Constitución.

Con fines netamente didácticos me parece importante hacer un análisis sobre la base del Derecho Comparado a fin de ver el tratamiento que en otras legislaciones dan al tema que nos ocupa. Así vemos en la Constitución venezolana de 2007, que se ha atribuido el control constitucional a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *“declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.”*(Art. 334 de la Constitución Venezolana). Como vemos existe un sistema difuso, pero se hace mención a que dicho control abarca a los *“actos en ejecución*

directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público." (Art. 336, numeral 4º) Así es claro que no solo se puede impugnar la constitucionalidad de actos con rango de ley sino aquellos dictados por la Administración Pública en ejecución directa de la Constitución y sean contrarias a la misma.

Por otro lado, existen sistemas, como el italiano (Constitución de 1947), en donde el control por parte del organismo constitucional tiene facultad para realizar dicho control hasta los actos que tienen rango o fuerza de ley (Art. 134). Sin embargo, tanto en el caso venezolano como el italiano el órgano de revisión constitucional está integrado de miembros designados por las otras Funciones del Estado como el Ejecutivo y el Legislativo. A diferencia, en el caso ecuatoriano, los miembros de la Corte Constitucional serán nombrados por una "comisión calificadora" integrada por miembros de las Funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social (Art. 434 de la Constitución Ecuatoriana de 2008). Si bien con esto en nuestro país se ha querido evitar la politización de tan importante órgano, habrá que ver si el procedimiento de elección lo permite, pues la actual Corte Constitucional, autoproclamada así por los miembros del antiguo Tribunal Constitucional han dado muestras claras que tiene gran dependencia de la Función Ejecutiva, y por tanto, hasta el momento mantienen temor reverencial para pronunciar sentencias contrarias a los intereses del Gobierno.⁴ Notemos que los miembros de la novel Función de Transparencia y Control Social tienen vínculos políticos y no se diga los integrantes de la comisión delegados por cada Función del Estado. De ahí que esperamos que el proceso de selección mediante concurso público establecido en el Art. 434 de la Constitución logre que sus miembros sean profesionales expertos técnicos, de amplio conocimiento en la rama constitucionales y libres de injerencias políticas, a fin de que

⁴ Corral, Fabián; *EL Comercio, sección editorial, Opinión*, Domingo 5 de agosto de 2010, pg. 11.

puedan emitir resoluciones que restablezcan el Estado de Derecho en armonía con las disposiciones constitucionales. El deber ser de un organismo tan importante se sustenta en principios esenciales como los destacados por el profesor mexicano Jaime Cárdenas Gracia, citado por Santiago López Acosta, entre los que se menciona como principal a la “*autonomía o independencia no exclusivamente funcional, sino también financiera*” y “*la apoliticidad*”.⁵

2. El acto administrativo

La Administración pública tiene como objetivo la satisfacción de los intereses comunes de la sociedad. Con esta finalidad dicta los llamados actos administrativos. En Derecho Público juega un papel preponderante el acto administrativo y es importante su determinación, pues goza de un régimen especial que lo diferencia de otras manifestaciones estatales. Doctrinariamente existen varias posiciones, dependiendo su definición de la preponderancia de uno de sus elementos constitutivos y del concepto que se tenga de la función administrativa. En términos prácticos, la acción estatal está ligada directamente con la producción de los actos administrativos; o en otras palabras la acción del Estado se manifiesta en la emisión de actos administrativos que afectan las relaciones jurídicas de los miembros de la sociedad.

Muchos juristas han optado por establecer una posición derivada del derecho privado sobre la base de la Teoría General del Derecho, indicando que el acto administrativo es un tipo de acto jurídico toda vez que es una declaración de voluntad que crea, transmite,

⁵ López Acosta, Santiago; *El control legal y constitucional de los actos administrativos del poder Público*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1784/32.pdf>, revisado el 18 de abril de 2010, pg. 549 y 550.

modifica o extingue derechos y obligaciones.⁶ Lo fundamental es que esa declaración de voluntad provenga de un ente perteneciente a la Administración Pública.

Por esta variedad de puntos de vista para determinar al acto administrativo nos vemos abocados a siempre acatar una posición doctrinaria que nos permita definir a esta institución jurídica. Las dos posiciones más sobresalientes sobre ésta temática son aquellas que miran al órgano del cual emana el acto administrativo y la otra que mira al contenido y forma del mismo. “*Encontrar con exactitud un criterio perfectamente válido, para determinar la presencia de un acto administrativo, es uno de los asuntos más polémicos y controvertibles de la jurisprudencia y la doctrina administrativa*”.⁷ Entre las dos posiciones existen una variedad de elaboraciones teóricas para desentrañar la naturaleza del acto administrativo que sería inoficioso ponernos a detallarlas. Lo importante es tener presente esta elaboración doctrinaria a fin de lograr una posición clara que nos permita entender todo el fenómeno que nos ocupará en el presente trabajo. Trataremos de situar estas dos posiciones conforme a como el profesor Santofimio lo expone. Por un lado, el criterio formal u orgánico califica como actos administrativos a aquellos que reúnen a elementos externos-formales- como son el órgano productor, el procedimiento utilizado en su producción y la forma que adopte el acto una vez producido. En cambio, desde el punto de vista material se consideran actos administrativos a aquellos que en su contenido interno tengan características de tal, sin importar su forma externa, es decir, sin consideración al órgano emisor.

Lo sustancial es que el acto jurídico sea de la “*operación administrativa*” en otras palabras que nazcan para producir efectos jurídicos en los administrados por acción de la

⁶ Calafell, Jorge Enrique; *La teoría del acto administrativo*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr4.pdf>, revisado el 23 de abril de 2010, pg. 121.

⁷ Santofimio, Jaime Orlando; *Acto Administrativo Procedimiento, eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994, pg. 55.

Administración Pública. Pero como diría Santofimio, pecaríamos de limitados si tomamos en cuenta un único criterio, pues todos tienen un grado de validez. Por lo tanto, “*acto administrativo sería aquel que comparte de los criterios formal y material.*”⁸ Sin embargo si nos remitimos a nuestra legislación vemos que el Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutivo define al acto administrativo como: “*Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa..*” De donde vemos que existe una similitud con la definición que de acto administrativo da el jurista argentino Agustín Gordillo, que se enmarca dentro de la tesis material pues interesa el contenido y no el órgano emisor.⁹

De esta manera, vemos como la figura del acto administrativo se circunscribe en la legislación ecuatoriana a una concepción de carácter material, en donde tiene preeminencia la tesis de la teoría de la voluntad.¹⁰ La manifestación unilateral de la voluntad de la Administración Pública es la que produce los actos administrativos dentro del proceso administrativo para lograr el bien de la sociedad. Sin embargo, debe aclararse que concomitantemente con la acción de voluntad existe la acción decisoria, es decir, que para que exista el acto administrativo no solo es necesaria la voluntad sino que producto de ella nazcan decisiones que causen efectos jurídicos.

2.1. Naturaleza Jurídica.

⁸ Ibídem, pg. 58.

⁹ Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 El Acto Administrativo*, 9ª edición, Buenos Aires Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 2007, pg. 11.

¹⁰ Santofimio, Jaime Orlando; *Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994, pg. 59.

La noción de Derecho Administrativo ha tenido un profundo avance en los últimos tiempos. Desprendido de la rama del Derecho Público, sobre la base de asimilarle principios del derecho privado. De ahí que de inicio se haya analizado al acto administrativo bajo los principios del derecho civil y por tanto como un acto jurídico. Este avance justamente se ha producido por el aumento de la actuación estatal en la sociedad. Incluso, se mantiene una gran discusión sobre si las actuaciones de las personas privadas que brindan servicios públicos son de esencia administrativa o de derecho privado. La tendencia apunta a darle tratamiento de organismo a cargo de la función administrativa. Siendo ésta una discusión doctrinaria extensa no la vamos a considerar sino tan solo hasta el punto que nos permita tener una clara delimitación de la naturaleza del acto administrativo. Lo cierto es que en la actualidad el Derecho Administrativo tiene independencia científica y abarca toda la gestión de la Administración Pública de un Estado.

Bajo la tesis voluntarista surge como parte esencial del acto administrativo la voluntad unilateral de la Administración Pública encarnada en la función administrativa y produce una decisión.¹¹ Si bien ya hemos indicado que nuestra legislación ha tomado partido por la teoría material del acto administrativo, que se sustenta también en la tesis de la voluntad, aquí vamos a hacer un análisis doctrinario que nos permita ver más allá de esa visión legal. Esto desemboca en que dentro del proceso administrativo se considere que las acciones y recursos contenciosos administrativos se den solo contra decisiones emanadas de órganos administrativos, tal como lo corrobora el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en su Art. 69. Sin embargo, desde mi punto de vista, esto deja de lado la prescripción constitucional contenida en el art. 173 que indica que todos los actos administrativos emitidos por “*cualquier autoridad del Estado*” (no habla solo de la Función Ejecutiva) son susceptibles de ser

¹¹ Santofimio, Jaime Orlando; Ob. Cit., pg. 59.

impugnados tanto en vía administrativa como judicial. La amplitud de la norma constitucional es mayor a la del ERJAFE. De esta forma podremos ver con claridad la aplicabilidad del control de la constitucionalidad del acto administrativo como resultado del quehacer de la Administración Pública siendo mayor el espectro contralor de los actos administrativos de todos los órganos de la Administración pública, entendida en los términos del Art. 225 de la Constitución de la República, más no en el sentido del Art. 141 de la misma Constitución. Siendo esta contradicción constitucional la que no tener claro el concepto de lo que es la Administración Pública. Con el profesor Marco Morales, seguimos que la Administración Pública comprende todos los órganos de actuación del Estado, dígase de todas sus Funciones¹².

En este punto vamos a tomar la línea doctrinaria del profesor Gordillo, por parecernos la más completa. Partiremos de lo que se entiende por función administrativa. Si bien no existe una definición clara de lo que es la función administrativa haremos un ensayo que nos dé una guía. Así mismo, existen dos tendencias doctrinarias una en sentido orgánico, subjetivo o formal y por otro lado, la material, sustancial u objetiva. Estas concepciones son las mismas que tratamos al hablar del acto administrativo. Entendiendo lo que implica la función administrativa, nos permitirá comprender la naturaleza del acto administrativo. Quedamos claros que el acto administrativo es aquel que tiene sustancia administrativa independientemente del órgano que lo dicte. Por lo tanto, la definición tanto del acto como de la función administrativa deben enmarcarse en la misma línea, en contraposición a la doctrina tradicional; *“pues, desde luego, es una contradicción definir la función administrativa en sentido material y el acto administrativo en sentido orgánico, para con ello arribar a la conclusión de que ciertas materias administrativas*

¹² Morales Tobar, Marco; ***Derecho Procesal Administrativo***, Texto-guía, Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Mayo-2010, Loja Ecuador, pg. 61-66.

*que en nada difieren de las demás, jamás darán lugar a actos administrativos.”*¹³ El mejor ejemplo para comprender esta categorización es el del nombramiento y remoción de un funcionario judicial. Bajo la óptica objetiva no se trataría de un acto administrativo pero si lo vemos desde la perspectiva material es claro que tanto el nombramiento como la remoción tienen carácter administrativo. Y lo que es más, habrá tanto acto como función administrativos. Dadas así las cosas lo importante es la materia o esencia del acto el que le da la naturaleza de administrativo.

También se hace necesario tener claro el concepto de Administración Pública, sobre todo si partimos de lo expuesto. Como vimos los actos administrativos son los que encarnan esencia administrativa producidos por la Administración Pública. Esta última se la entiende como un *“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.”*¹⁴

No todas las actuaciones de la Administración Pública entrañan un acto administrativo, pues existen ciertas producciones que carecen de la voluntad del órgano estatal, en cuyo caso nos encontramos frente a un hecho administrativo; en donde si bien se producen efectos jurídicos estos no fueron previstos. En otros casos existe un concierto de voluntades con el administrado configurándose un contrato administrativo en donde tanto Estado como ciudadano comprometen su capacidad para asumir obligaciones y exigir derechos.

¹³ Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 El Acto Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª edición, Buenos Aires Argentina, FDA, 2007, http://www.gordillo.com/tomos_pdf/3/capitulo13.pdf, revisado 15 de agosto de 2010, pg. I-7.

¹⁴ Morales, Marco A.; *Derecho Procesal Administrativo*, Texto-guía, Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Mayo-2010, Loja Ecuador, pg. 64.

El acto administrativo nace en un ejercicio de la función administrativa de los órganos estatales encargados de proporcionar servicios públicos a sus miembros. Por lo tanto la naturaleza del acto administrativo proviene de la acción volitiva de la Administración Pública que busca satisfacer necesidades de los administrados en aras del bien común.

En consecuencia, el acto administrativo es la producción de la función administrativa, característica de la Administración Pública, que provoca efectos jurídicos particulares directos. En otras palabras, la función administrativa es toda actuación de la Administración Pública que produce efectos jurídicos en los administrados. Los componentes esenciales del acto administrativo son: en primer lugar, la voluntad de la Administración Pública y en segundo lugar producir efectos jurídicos en los particulares de manera directa.

2.2. Clasificación

La doctrina mantiene diferentes clasificaciones, dependiendo de distintos puntos de vista de una misma realidad: el acto administrativo. Lo fundamental en esta parte es tratar de determinar elementos que permitan categorizar a los actos administrativos.

Para iniciar este ejercicio didáctico parece necesario partir de aquello que no es acto administrativo pero son parte de la función administrativa y constan definidos en nuestra legislación positiva. Así veremos qué acciones de la Administración Pública no están catalogadas como actos administrativos.

Según el Art. 70 del ERJAFE, se define al los actos de simple administración indicando que: *“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.” Vemos entonces, que este tipo de actos se diferencia del acto administrativo en que aquellos no producen efectos directos en los destinatarios del acto. Ciertamente si existe la producción de efectos pero de forma indirecta, toda vez que por sí mismos no afectan al administrado toda vez que no llega directamente a los administrados. Este tipo de actos si bien son producto de la función administrativa, formalmente, no salen de su esfera por cuanto en lo venidero servirán para configurar un acto administrativo. El típico ejemplo de esta clase de actos son los informes que son necesarios dentro del proceso administrativo para obtener elementos que le permitan a la Administración Pública fundamentar un acto unilateral de voluntad que provocará efectos jurídicos en los particulares. Este tipo de actos son los que permiten la fundamentación *in aliunde* o contextual del acto administrativo, en donde este es motivado con los resultados obtenidos en los actos previos que contienen elementos de hecho que la misma Administración realiza para realizar comprobaciones fácticas.

Según el Art. 75 del ERJAFE, se cataloga como contratos administrativos a: *“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.”* Lo sustancial es que este tipo de actos son de carácter multilateral, es decir hay un concierto de voluntades en las cuales una es la de la Administración Pública. Los efectos jurídicos provocados en los administrados son producto de ese concierto y no de la exclusiva actividad de la función administrativa.

Finalmente, los hechos administrativos, también mencionados en el ERJAFE en su Art. 78, como: *“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.” Lo esencial en este tipo de producto de la función administrativa es que proviene de una “*actividad material*” que se traduce en “*operaciones técnicas o actuaciones físicas*”. En otras palabras, no existe de por medio ningún tipo de actuación de la voluntad de la Administración Pública para producir los efectos jurídicos producidos.

En consecuencia, el acto administrativo termina siendo toda la producción de la función administrativa que no es hecho administrativo, contrato administrativo o acto de simple administración. Esta distinción es la primera clasificación, que según la normativa positiva, se da a los actos provenientes de la función administrativa.

Visto este panorama, nos vamos a circunscribir a nuestro objeto de investigación, es decir, los actos administrativos. Para ello, solamente tomaremos en cuenta a la especie del acto administrativo. Así mismo, con fines didácticos analizaremos varias divisiones pero que engloben solamente al acto administrativo, visto desde la perspectiva de categorización dada en nuestra normativa.

Si bien existen diferentes formas de clasificar a los actos administrativos, vamos a realizar un ejercicio de detallar las clasificaciones que, única y exclusivamente engloben actos administrativos conforme a la definición del ERJAFE, descrito anteriormente.

a) **Por la forma o manifestación de la voluntad:**

1.- **Actos expresos.**- Son aquellos actos administrativos “*que contienen declaraciones formalmente realizadas por el órgano y generalmente constatables por escrito*”.¹⁵ Se formalizan y perfeccionan mediante mecanismos objetivamente visibles. La voluntad de la Administración pública está claramente determinada en elementos formales y objetivos. De ahí que casi siempre se materializa en un documento escrito en donde se manifiesta inequívocamente la acción volitiva del órgano administrativo. También es posible que exista un acto expreso oral, como en el caso de las amonestaciones verbales o las órdenes militares o policiales.¹⁶

2.- **Actos tácitos o presuntos.**- Este tipo de actos administrativos, nacen por la inactividad de la función administrativa cuando esta tiene la obligación legal de actuar. El ejemplo típico de este tipo de actos es el del silencio administrativo, mediante el que la no actuación del órgano administrativo ante una petición o requerimiento de los administrados produce ausencia de actuación administrativa. Puede ser un silencio negativo o positivo. Es negativo cuando la Administración Pública no responde al administrado con la consiguiente denegación de la solicitud sin que produzca un acto administrativo presunto. En cambio, el acto administrativo presunto, se manifiesta cuando la legislación acoge la posición del silencio administrativo positivo, en donde, la inactividad de la Administración Pública deviene en la presunción *iuris tantum* que se ha producido un acto administrativo, pues la tesis del silencio administrativo negativo, indica que la inactividad no crea un acto administrativo.¹⁷

¹⁵ Zavala Egas, Jorge; ***Derecho Administrativo, Tomo I***, Edino 2005, Guayaquil-Ecuador, pg. 177.

¹⁶ Morales Tobar, Marco; ***Derecho Procesal Administrativo***, texto guía de Maestría en Derecho Administrativo, pg. 111.

¹⁷ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández; ***Curso de Derecho Administrativo, Tomo I***, pg. 600 a 605.

Así mismo, se han planteado tres corrientes respecto al valor que tiene el acto presunto derivado del silencio administrativo positivo. La primera que precautela el principio de la seguridad jurídica, en vista que ante una petición de los administrados siempre debe existir una respuesta oficial, por tratarse de un derecho fundamental (Art. 66, numeral 23° de la Constitución de la República). La segunda tendencia da primacía al principio de la legalidad, en donde, se indica que siendo “*el silencio creación de la Ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que se concluyó que el silencio suple, en efecto, al acto expreso, pero solo dentro de los límites de la Ley*”.¹⁸ Finalmente la tercera posición recogió las dos tesis estableciendo que el silencio solo podía entregar al administrado lo que este había solicitado. Nuestra legislación recogió esta última corriente toda vez que en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada estableció en su Art. 28, que:

“En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.”

Sin embargo, cabe aclarar que en razón de que una ley ordinaria no puede modificar una ley orgánica, es posible que si se establece en una ley orgánica una posición diferente a la expresada en la Ley de Modernización del Estado, rija un principio distinto dentro de las otras dos posibilidades expuestas anteriormente.

b) En cuanto a los sujetos:

1.- Destinatarios de los efectos del acto:

¹⁸ *Ibidem*, pg. 604.

1.1.- **Actos singulares.**- Cuando los efectos del acto administrativo están dirigidos a alterar o modificar las relaciones jurídicas de una sola persona o un grupo determinado de personas por la voluntad unilateral de la Administración. Este tipo de actos se agota con su ejecución, es decir, no pasan a integrar el ordenamiento positivo.

1.2.- **Actos Generales.**- Cuando los efectos están direccionados de modo general con característica *erga omnes*, pero que son indeterminadas. Por ello se han dado en denominar actos normativos que se caracterizan por la generalidad. Pasan a formar parte del derecho positivo pues gozan de la calidad de ser abstractos toda vez que no rigen para un hecho determinado ni se agota en un caso particular. En la doctrina se les denomina reglamentos administrativos o actos normativos.

2.- **Productores del acto:**

2.1.- **Unilaterales o simples.**- Son aquellos que provienen de un solo organismo de la Administración Pública. La titularidad de este órgano está en una sola voluntad. El profesor Secaira denomina a esta clase de administración como individual, burocrática o jerarquizada, en razón de que una sola persona produce la voluntad de la Administración Pública pero siempre respetando la el nivel jerárquico.¹⁹

2.1.- **Complejo o plurilaterales.**- Son los que provienen de la concurrencia o concierto de voluntades. Las voluntades pueden estar en órganos diferentes en cuyo caso estamos frente a una complejidad externa. La voluntad es legítima en tanto en cuanto los órganos públicos facultados para configurar la voluntad la suscriben. Esta es la administración

¹⁹ Secaira Durango, Patricio; ***Derecho Administrativo, Texto Guía de la Maestría en Derecho Administrativo***, Módulo IV, Universidad Técnica Particular de Loja, 2008, Loja-Ecuador, pg. 81-82.

colegiada definida por el profesor Secaira, al decir: “*La administración pública colegiada, es aquella por medio de la cual, el procesamiento y resolución de los asuntos atribuidos legalmente al órgano respectivo, se lo realiza o se las cumple tomando en cuenta la voluntad de un conjunto de personas físicas, que de modo pluripersonal y con el mismo derecho emiten su voto u opinión sobre los distintos casos.*”²⁰

c) Por la relación del órgano ejecutor con la Ley:

1.- **Actos reglados.**- Son aquellos que, como dice Alfonso Parejo, recogido por Zavala Egas, son desarrollo de una potestad que “*predetermina normativamente el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, de suerte que la actuación administrativa se circunscribe a la mera subsunción del supuesto de hecho concreto en el normativo y la extracción de la consecuencia jurídica predeterminada*”.²¹ La voluntad de la autoridad pública está sujeta estrictamente a lo preceptuado por la norma no caben más opciones que la prevista en el Derecho Positivo. Por lo tanto, el acto administrativo tiene efectos claramente determinados y previsibles.

2.- **Actos discrecionales.**- Este tipo de actos son producidos en virtud del ejercicio de la libertad que concede la Ley a la autoridad pública para escoger entre dos o más opciones de igual categoría legal, por tener amparo normativo. La autoridad debe basar su decisión en la sana crítica en busca del bienestar común. Nuestra legislación, a fin de evitar abusos o arbitrariedades por parte de la autoridad administrativa promulgó el Reglamento para el control de la discrecionalidad, en el Registro Oficial N° 686 de 18 de octubre de 2002, mediante el cual se busca garantizar que la emisión de este tipo de actos administrativos encarne una decisión racional y razonable en aras del interés

²⁰ *Ibidem*, pg. 83.

²¹ Zavala Egas, Jorge; ***Derecho Administrativo, Tomo I***, Edino 2005, Guayaquil-Ecuador, pg. 95.

público, conforme lo establece el Art. 2 del citado Reglamento. Es claro que este tipo de actos administrativos, jamás están totalmente exentas de elementos reglados. Las opciones elegibles del acto discrecional siempre están dentro de los límites enmarcados por la Ley. De ahí, que dentro del control administrativo y jurisdiccional de este tipo de actos administrativos, si bien no deben cumplir plenamente con lo dispuesto en una norma, porque dicha norma no existe, su forma y su fondo no puede contradecir todo el sistema normativo vigente. Esta es la naturaleza del control de la legalidad en los actos administrativos reglados.

“Así mismo cabe agregar, que la ley sólo puede dejar para decisión del Órgano de la Administración alguno o algunos de los elementos o condiciones del ejercicio de la potestad, no todos, pues de lo contrario estaríamos frente a una actuación contraria al principio de reserva legal o de límite positivo de la competencia, consagrado en el Art.119 (similar al Art. 226 de la Constitución de 2008) de la Constitución de nuestro País.

La doctrina enseña que son cuatro los elementos que dentro de ejercicio de una potestad pública, nunca puede dejar de ser reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano administrativo y el fin de la actuación del órgano de la Administración, que como dijimos, siempre debe confluir directa o indirectamente al interés público. Elementos como el objeto y la causa o supuesto de hecho, que determinan la actuación, pueden ser dejados al agente, para que subjetivamente los complete. En definitiva, el funcionario de la Administración tiene la libertad -no arbitrariedad- de decidir cuánto y cuándo no debe actuar y si lo hace, qué medidas debe tomar.”²²

²² Palacios Ibarra, Juan Francisco; ***El Control de la Discrecionalidad Administrativa***, Revista Jurídica Online, Universidad Católica Santiago de Guayaquil,

d) **Por su radio de acción o ámbito de aplicación:**

1.- **Internos.**- La afectación de los derechos se circunscribe a la propia esfera de la función administrativa de la entidad emisora del acto administrativo. *“Los efectos jurídicos de estos actos administrativos pueden afectar únicamente al órgano del cual emana o a otros que pertenezcan a las misma entidad pública.”*²³

2.- **Externos.**- Son aquellos cuyos efectos salen del ámbito del órgano de la Administración Pública que lo emite y genera efectos jurídicos en terceros ajenos a la entidad pública.

e) **En cuanto a sus efectos para los particulares:**

1.- **Favorables:** Cuando amplían las posibilidades jurídicas de los administrados. La entidad pública le reconoce un derecho que le causa una ventaja al administrado. El típico ejemplo de este tipo de actos administrativos es la concesión.

2.- **De gravamen:** Cuando restringen la esfera de actuación de los administrados. Estos en cambio, restringen los derechos o las facultades de los administrados, imponiéndoles obligaciones o extinguiendo o limitando derechos. Ejemplos de este tipo de actos administrativos son la expropiación o una sanción.

2.3. Elementos del acto administrativo:

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53,
revisado 7 de Marzo de 2011.

²³ Secaira Durango, Patricio; *Derecho Administrativo, Texto Guía de la Maestría en Derecho Administrativo*, Módulo IV, Universidad Técnica Particular de Loja, 2008, Loja-Ecuador, pg. 155.

El tema de los elementos que conforman el acto administrativo ha sido motivo de innumerables análisis por parte de los jurisconsultos. No hay una única línea doctrinaria por cuanto, al igual que al hablar de las diferentes clasificaciones de los actos administrativos, depende del punto de vista con el que se analice al ente jurídico. Sin embargo, tomaremos como punto de partida la posición presentada por Jorge Zavala Egas.²⁴

2.3.1. Elementos subjetivos:

Son todos aquellos que tienen que ver con los sujetos productores y receptores de los efectos del acto administrativo.

2.3.1.1. Sujeto Activo.- Son las entidades de la Administración Pública que ejercen la función administrativa. La voluntad administrativa está encarnada en este sujeto, que generalmente se materializa en el funcionario legalmente facultado para responder ante el impulso de los administrados o por decisión unilateral del Gobierno. Incluso en ciertas legislaciones las personas particulares que prestan servicios públicos pueden ser sujetos activos de actos administrativos, tal es el caso colombiano, como lo señala Jaime Santofimio, en caso de empresas de economía mixta o asociaciones de usuarios.²⁵

Desde la óptica del profesor Zavala Egas que la recoge en su obra “Derecho Administrativo”, este sujeto activo tiene tres subelementos:

²⁴ Zavala Egas, Jorge; *Derecho Administrativo, Tomo I*, Edino 2005, Guayaquil-Ecuador, pgs. 152-172

²⁵ Santofimio, Jaime Orlando; *Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994, págs. 70-71.

2.3.1.1.1 Órgano administrativo.- Son aquellas instituciones creadas por la Administración Pública. Es una unidad funcional abstracta que está facultada por la Ley para realizar función administrativa, como lo expresa el Art. 21 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). “Según LÓPEZ PELLICER, los órganos administrativos se pueden definir como: «los diversos centros o unidades funcionales en que se divide la organización administrativa de cada ente público y a cada uno de los cuales se adscribe como titular una determinada persona física o pluralidad de personas físicas, a fin de actuar las correspondientes funciones y atribuciones jurídicas, cuya actuación o ejercicio se imputa directamente al ente del que forman parte»”.²⁶ La actividad de estos órganos es imputable al Estado, por ser aquellos los ejecutores de este.

2.3.1.1.2 Competencia.- Cada órgano tiene un campo de acción. Son las funciones, potestades y atribuciones que nacen del Derecho Objetivo y están a cargo de cada órgano, en otras palabras es la titularidad de una potestad; también es conocido como capacidad. El Art. 84 de nuestro ERJAFE establece que la competencia es irrenunciable. Se la mide en razón de la materia, territorio y tiempo.

2.3.1.1.3 Investidura del titular.- Está en íntima relación con las dos anteriores, pues el órgano siendo una entelegalia jurídica requiere para su actuación objetiva la participación de personas naturales que son los ejecutores de las competencias administrativas.

2.3.1.2. Sujeto Pasivo.- Es el administrado o tercero sobre el que recae el efecto de las actuaciones de la Administración Pública. Pero debe tomarse en cuenta que muchas veces, el administrado o sujeto pasivo es el que pone en movimiento la función

²⁶ Enciclopedia Jurídica; Órganos administrativos, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/organos-administrativos/organos-administrativos.htm>, revisado 2 de Octubre de 2010.

administrativa gracias al ejercicio del derecho constitucional de petición, consagrado en el Art. 66, numeral 23 de la Constitución de la República. En consecuencia, se altera la relación jurídica que mantenía este sujeto pasivo con la administración.

2.3.2. Elementos objetivos:

El Acto administrativo, tiene los siguientes elementos objetivos:

a) Presupuesto de hecho:

Es todo aquello que se encuentra en el contenido del acto administrativo, en otras palabras el espectro jurídico que se ve modificado por la voluntad del órgano administrativo. Está compuesto de los supuestos de hecho y la consecuencia jurídica. El primero está conformado por los elementos fácticos sobre los cuales se aplica la normativa objetiva para producir la subsunción del caso concreto al presupuesto establecido en la norma. Son los elementos de la realidad que el acto va a regular que van verse reflejados en los presupuestos de la norma. Por ello, este último debe ser abstracto, general e hipotético. En otras palabras existirían presupuestos de hecho reales y presupuestos de hecho normativos. La consecuencia jurídica es el resultado que produce la existencia de los elementos fácticos o supuestos de hecho, según lo preceptuado en la norma objetiva. Esto es lo que muchos autores denominan el objeto mismo del acto administrativo, que muchas veces la funden con el motivo que nosotros lo vamos a definir independientemente.²⁷

b) Fin:

²⁷Apuntes Facultad, **Acto administrativo**, <http://www.apuntesfacultad.com/actos-administrativos.html>, revisado, 15 Octubre de 2010.

Generalmente el fin tiene que ver con el servicio público, pues todo acto administrativo está dirigido a materializar ese servicio a favor de los administrados y en general del estado de derecho. Expresa el fin que propone el autor del acto, es decir, el sentimiento o deseo que realmente le lleva a ejercitar la competencia. El fin está siempre incorporado en la norma y es reglado, es decir, debe ser atendido siempre por la Administración en el ejercicio de su potestad. Evidentemente, los móviles de cualquier acto de la Administración deben adecuarse a aquellos fines públicos por lo que la competencia ha sido atribuida.

c) Causa:

Para muchos la causa es sinónimo de motivo, pero para diferenciarlos debemos indicar que consiste en la realización de lo que hemos denominado presupuesto de hecho normativo. Toda norma surge con la finalidad de precautelar o modificar una situación de hecho, a favor del bien común. Por lo tanto, cuando una situación fáctica atenta a ese bien común, la norma prevé mecanismos para evitar ese atentado. Por lo tanto, el acto administrativo siempre nace cuando debe evitar el atentado a ese bien común que está patentado en el derecho objetivo.

d) Motivo y motivación:

Si bien el profesor Zavala Egas determina como dos categorías al motivo y la motivación, nosotros los hemos tomado como un solo elemento en razón de que el primero es el elemento objetivo que originó el acto administrativo mientras el segundo es la materialización del primero.

El motivo está encaminado a que el acto administrativo alcance la finalidad que prevé la norma jurídica positiva. Es la realización de un presupuesto de hecho contenido en la norma legal aplicable. En otras palabras, el funcionario público solo puede actuar y producir el acto administrativo siempre y cuando en la realidad aparezcan los elementos fácticos que están previstos en la norma jurídica. Existe una subsunción de los hechos en la norma legal.

En cambio, la motivación es la “*relación coherente*” entre las normas y los hechos particulares como lo indica el ERJAFE en su Art. 122. Tiene que ser expresa y manifiesta, en cuyo paso se convierte en elemento formal o solemne, pues en el acto administrativo debe hacerse constar con toda claridad el detalle de los elementos fácticos y las normas que supuestamente encajan en ese hecho particular a fin de establecer la consecuencia jurídica, para mantener la armonía del derecho y en última instancia la consecución del bien común. La ausencia de este requisito está sancionada con la nulidad absoluta, conforme lo establece la Constitución de la República en su Art. 77, numeral 7º, literal l).

e) Causa:

Es un elemento que se presta a confusión con el motivo, sin embargo, debemos decir que en este caso la fundamental está en el origen formador del acto administrativo. Se han formulado dos teorías de la causa: objetiva y la subjetiva. La primera relaciona a la causa con la norma legal, es decir con la existencia en la realidad de los supuestos que prevé la norma. En cambio, la segunda relaciona la causa con la voluntad del órgano ejecutor del acto administrativo.

2.3.3. Elementos formales:

*“Entendemos por forma del acto administrativo, el modo como se manifiesta la voluntad del órgano administrativo, que es el instrumento de la persona jurídica a la que pertenece. Es decir, la modalidad en que la voluntad se manifiesta.”*²⁸ Es la formación externa del acto. Por lo tanto, los elementos formales son aquellos que permiten la formación externa del acto administrativo. Dentro de estos elementos tenemos:

2.3.3.1. **Procedimiento.-** Son las etapas definidas en la ley que debe cumplir el acto administrativo. El Art. 88 del ERJAFE claramente determina este requisito como esencial para la expedición de los actos administrativos. El Procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo. En el sector público se hace ineludible seguir un procedimiento establecido en la ley, pues las actuaciones de la administración pública siempre afectan derechos de los administrados y la garantía que estos tienen es que dichos actos se enmarcan dentro de la normativa. De ahí que se pueda fiscalizar la actuación de la Administración Pública, que puede desembocar en sanciones administrativas, civiles e incluso penales, al verificar si el nacimiento de los actos administrativos cumplió el procedimiento legalmente establecido.

2.3.3.2. **Forma de declaración.-** Este elemento es esencial en el ámbito del Derecho Público, al que pertenece el acto administrativo, porque la materialización le da vida y esto se logra solamente a través de que el acto

²⁸ Zavala Egas, Jorge; Derecho Administrativo, *Derecho Administrativo, Tomo I*, Edino 2005, Guayaquil-Ecuador, pg. 176.

administrativo se perennice en un documento escrito. El acto administrativo siempre tendrá la exigencia de la forma escrita. De esta manera, el resto de elementos del acto administrativo quedarán integrados a su formación. De ahí, que muchas veces se incluye como elemento formal a la motivación, pues de forma expresa debe hacerse constar en el texto del acto administrativa los elementos fácticos y de derecho que tienen coherencia para haberse dictado la resolución respectiva.

2.3.3.3. **Motivación.-** En este punto es importante, hacer una diferenciación con la motivación como elemento objetivo. Debemos entenderlo como elemento objetivo cuando lo vemos desde el punto de vista de la razón de ser del acto administrativo o en otras palabras el motivo originario. En cambio, lo vemos como elemento formal, cuando se plasma en el acto administrativo en forma escrita. Los componentes del elemento objetivo son expuestos en el documento que se constituye en acto administrativo. Por lo tanto, la motivación es un requerimiento solemne que debe constar en el documento contentivo del acto administrativo. Además, se harán constar los factores normativos abstractos y generales que constan en las normas jurídicas que la autoridad administrativa considera aplicables para el caso concreto. *“La motivación es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad.”*²⁹ Se convierte en elemento formal del acto administrativo cuando existe la exigencia legal de hacer constar en su texto esa motivación, mientras se mantiene como el antecedente se mantiene como un elemento objetivo.

2.4. Efectos

²⁹ Fraga, Gabino; *La motivación de los actos administrativos*, Facultad de Derecho de la UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/17.pdf>, revisado 16 de Octubre de 2010, pg. 321.

El acto administrativo produce efectos el momento mismo en que reúne todos los elementos que le confieren la calidad de tal. En otras palabras surte efectos al momento mismo en que es dictado y sale a la luz. Además implica que el acto es perfecto porque contiene todos los componentes para su validez. Estos elementos están determinados en el sistema normativo de cada Estado. En el caso del Ecuador, el ERJAFE dice en su Art. 125, lo siguiente:

Art. 125.- Efectos.

1. *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.*
2. *La eficacia está supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior o quedará suspendida cuando así lo exija el contenido del acto.*
3. *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.*

Como vemos los efectos del acto administrativo se producen desde la fecha en que son dictados, y excepcionalmente pueden tener efectos retroactivos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y cuando produzcan efectos favorables al interesado siempre que los supuestos de hecho hayan existido al momento en que se retrotraen los efectos del acto. Un acto administrativo surge para producir efectos jurídicos. Si los efectos son realizables hacen que el acto sea eficaz.

El principal efecto del acto administrativo es que tiene fuerza *erga omnes*, pues su valor es oponible ante cualquier persona, aunque sus efectos jurídicos solo afecten a un administrado determinado. En otras palabras todo acto administrativo que produce modificaciones en los derechos y obligaciones de los administrados, no puede ser desconocido por nadie que no sea la misma administración pública, y menos puede evitar que se produzcan esas modificaciones jurídicas en la realidad de los particulares.

Sin embargo, como leemos en el Art. 66 del mismo ERJAFE, se indica:

“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 constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.”

Por lo tanto, para la plena validez del acto administrativo se requiere que haya sido notificado al administrado. Esto es lo que le otorga la característica denominada eficacia y por tanto solo con este requisito, según nuestra normativa, el acto administrativo producirá sus efectos en los particulares.

En consecuencia, es importante determinar en qué consiste la validez y la eficacia del acto administrativo para poder entender la vigencia de sus efectos. Para mayor claridad es importante analizar lo prescrito en el Art. 68 del ERJAFE, en donde se indica:

“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.”

De donde se desprende que el acto administrativo legítimo debe cumplirse desde que es dictado. Para clarificar conceptos vamos a determinar lo que significa que un acto administrativo sea legítimo, que goce de la calidad de ejecutoriedad, eficacia y validez.

2.4.1. La Validez del acto administrativo.

Un acto administrativo se considera válido en tanto en cuanto está plenamente acoplado a las exigencias y requerimientos establecidos por la normativa y el derecho. En otras palabras hay coherencia entre la normativa y los preceptos establecidos en el acto administrativo. La validez tiene una presunción iuris tantum, en razón que pueden existir elementos de invalidez que requieren ser probados. En consecuencia la invalidez “*se trata de un vicio tan importante que le impide la consideración de válido, y provoca la eliminación del acto una vez constatada la infracción, esto es, en el momento en que se destruya formalmente la presunción de validez de la que se beneficia el acto.*”³⁰ El asunto de la validez tiene que ver con el contenido del acto en relación con las exigencias normativas, en otras palabras es el cumplimiento irrestricto en la elaboración de ese acto de los preceptos legales. Por este motivo la ley se hace imperativa y obligatoria. Aquí cabe una aclaración respecto a nuestra legislación, en donde vemos que en el Art. 66 del ERJAFE, antes citado, se menciona que para la “plena validez” del acto administrativo se requiere la notificación pero a continuación el mismo artículo menciona que mientras no sea notificado no tendrá eficacia. Es decir, existe una confusión de términos con una redacción no acorde a la definición doctrinal de lo que significa la validez del acto administrativo a diferencia de la eficacia.

La validez tiene que ver con el contenido interno y formal mientras la eficacia, como lo detallaremos en el siguiente acápite, tiene que ver con los efectos externos al acto administrativo. De ahí, que en lugar de plena validez del acto administrativo, en el Art. 66 del ERJAFE, debería decir para la plena eficacia; lo cual es corroborado por el mismo cuerpo legal ya que en el numeral 2º del Art. 125, también citado anteriormente, se indica que “la eficacia está supeditada a la notificación”. Esto debe entenderse en tanto en cuanto este tipo de actos administrativos se dirige a particulares concretos a los

³⁰Universidad de Navarra, *La validez del acto administrativo.*
<http://www.unav.es/adi/UserFiles/File/80962523/LECCION%2013%20VALIDEZ%20AA.pdf>, revisado 14 de Noviembre de 2010.

cuales afecta en su esfera jurídica. En términos generales, el acto administrativo debe mantener una armonía con el ordenamiento jurídico configurando el principio de legalidad.

2.4.2. La eficacia del acto administrativo.

La consecuencia lógica de la validez del acto administrativo es la eficacia. Este es el efecto externo, pues debe incidir directa o indirectamente en la realidad jurídica. En otras palabras, es la capacidad de producir los efectos jurídicos. Conforme a lo manifestado en el acápite anterior, la eficacia en nuestra legislación depende de la notificación del acto administrativo, según los Arts. 125, 126 y 127 del ERJAFE. De esto se concluye que la eficacia surge o nace una vez que el acto, bajo la presunción de legalidad, ha cumplido todos los requerimientos legales. Esto en términos potenciales, porque en términos efectivos o reales esa eficacia aparece cuando el acto administrativo es puesto en conocimiento de los destinatarios del mismo. La eficacia real se da por la notificación o publicación que *“se traduce, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones. Es más, la eficacia jurídica de los actos administrativos depende directamente de los efectivos y legales procesos de publicidad”*.³¹

Las normas citadas del ERJAFE, hacen ver que la notificación del acto administrativo, en la forma allí determinada, es una condición para que el acto surta plenos efectos, como lo expresa el numeral 1º del Art. 126 del ERJAFE, al decir:

³¹ Santofimio, Jaime Orlando; *Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994, pg. 194.

“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.”

Cuando el acto administrativo afecta a una persona individual o administrado debe ser notificado con aquel para que sea eficaz; pues solo así logrará afectar la esfera jurídica del particular y alcanzar su eficacia. *“Solo el acto administrativo eficaz tiene la capacidad de permitir el nacimiento del vínculo jurídico entre los sujetos relacionados con la actividad administrativa de que se trate; esto es entre la administración y el administrado o los administrados a quienes va dirigida la resolución del poder público.*

*El acto administrativo goza de eficacia cuando se verifica el aviso que la administración realiza al interesado, notificándole con su decisión.”*³²

En cambio, en el caso de los actos administrativos que están dirigidos a una pluralidad de personas o en tratándose de actos normativos, no cabe la notificación sino la publicación. El Art. 127, numeral 6° dice:

“Art. 127.- Práctica de la notificación.-.....

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 sólo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada; y,

³² Secaira Durango, Patricio; *Derecho Administrativo, Texto Guía de la Maestría en Derecho Administrativo*, Módulo IV, Universidad Técnica Particular de Loja, 2008, Loja-Ecuador, pg. 141.

b. Salvo lo previsto en leyes especiales, cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento de selección o contratación pública.”

La conclusión básica de esto es que para que un acto administrativo sea eficaz requiere que entre a conocimiento del destinatario del mismo. Este conocimiento se logra sea por la notificación, cuando se trata de actos administrativos particulares, y de la publicación cuando son actos administrativos de efectos generales.

2.5. Ejecución

Constituye la siguiente etapa en el proceso formativo, derivada de la eficacia del acto administrativo, pues este no puede quedar sin que sus efectos jurídicos se plasmen en la realidad y produzcan los cambios necesarios en la vida jurídica de los particulares. Es necesario, hacer mención al principio de autotutela declarativa y la ejecutiva para comprender esta realidad. En razón de la autotutela declarativa, las pretensiones de los particulares se hacen efectivas ante los demás, a través del órgano judicial para que declare la existencia de un derecho. En cambio, la Administración Pública no requiere la intervención del órgano judicial para que declare la existencia del acto administrativo determinado por ella misma. Esto es lo que se conoce como la autotutela declarativa pues tiene la capacidad de tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas. Sin embargo, existen mecanismos de control para destruir la presunción de legalidad, pues la eficacia no implica que goce de la calidad de “cosa juzgada”. De allí viene una consecuencia, a cargo del administrado, consistente en que este es el que debe aportar pruebas para desvirtuar la legitimidad del acto administrativo.

Además de la autotutela declarativa, la Administración Pública también comprende la autotutela ejecutiva, que consiste en que los órganos administrativos pueden poner en práctica la coacción para que el acto administrativo sea cumplido por los administrados

aún en contra de su voluntad. La actuación de la Administración está investida de fuerza ejecutiva. La razón de ser de esta característica está en la necesidad de que el Estado, que se supone trabaja en función del bien común de toda la sociedad, requiere se cumplan sus actuaciones en aras del bienestar de los proyectos políticos generales.

3. Control administrativo

La autotutela administrativa como principio propio de la Administración Pública, comprende un procedimiento dentro del cual existe una fase de control del principio de la legalidad. Este control es una garantía que la Ley otorga a los administrados para que estos sientan el amparo del principio de legalidad en la ejecución de los actos administrativos. Claro está que el hecho de que sea la misma Administración Pública la que realiza la revisión del acto administrativo, no otorga plena seguridad toda vez que quien revisa es “juez y parte” en el mantenimiento de la vigencia del Derecho. De ahí, que este control administrativo siempre estará sujeto a la definitiva revisión de la Función Jurisdiccional. La Constitución de la República es clara en este sentido, pues su Art. 173 establece que todo acto administrativo de cualquier autoridad del Estado será sujeto de impugnación en vía administrativa o en vía judicial. Cosa similar establece el Art. 69 del ERJAFE.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a partir del Art. 167 establece mecanismos de control administrativo para revocar actos administrativos nulos y rectificar errores (Art. 170). El control administrativo es conocido como vía gubernativa, en la legislación colombiana.³³ La finalidad es restituir la legalidad en los actos administrativos supuestamente contrarios al mismo que afectan

³³ Santofimio, Jaime Orlando; *Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994. pg. 208.

a la esfera jurídica los administrados. Es decir, se quieren eliminar del ordenamiento los actos administrativos nulos, según lo establece el Art. 129 del ERJAFE, sobre todo en los literales f) y g) que buscan restituir el principio de legalidad. Normalmente quien pone en ejercicio este control es el sujeto pasivo, es decir, los administrados que se sienten afectados. Pese a lo manifestado anteriormente, y a fin de alcanzar una verdadera revisión esta fase está encargada a un superior jerárquico, como lo establece el ERJAFE en sus Arts. 176 numeral 1º y 178.

La doctrina y autores como Manuel María Díez hablan de la irrevocabilidad del acto administrativo, e incluso se ha dado en denominar “*cosa juzgada administrativa*” o “*estabilidad administrativa*”, asimilando a la institución jurídica utilizada para indicar que una sentencia judicial es inamovible por cuanto no cabe recurso alguno.³⁴ En nuestra legislación, en cambio, la tesis adoptada no es tan extrema pues el ERJAFE determina que los actos administrativos de gravamen o desfavorables pueden ser revocados en cualquier momento, siempre que tal revocación no constituya dispensa o excepción no permitida por las leyes, como lo establece el Art. 170 del cuerpo legal citado. En definitiva, en lo que todos concuerdan es en el hecho que los actos administrativos pueden ser revisados por la misma autoridad administrativa a fin de mantener el principio de legalidad. La Jurisprudencia ecuatoriana ha sido reiterativa en el sentido de indicar que la Administración Pública no puede por si misma revocar sus actos, salvo los casos expresamente determinados en la Ley³⁵.

³⁴ Gordillo, Agustín; ***Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 El Acto Administrativo***, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª edición, Buenos Aires Argentina, FDA, 2007, capítulo VI, pg. VI-3

³⁵ Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Quito, número 10, 1991, p. 147.

La capacidad de impugnar y controvertir un acto administrativo, sobre todo, cuando afecta a derechos subjetivos particulares proviene del principio de defensa (Art. 76, numeral 7º, literal m) de la Constitución de la República).

Sin embargo, es importante hacer una distinción respecto a aquellos actos administrativos que son declarativos de derechos. Estos no pueden ser revocados por razones de mantener los derechos de los administrados. La revocación debería ir por la vía judicial mas no por la vía administrativa pues tiene preeminencia el principio de la seguridad jurídica.

Por lo tanto, creemos importante hacer un breve análisis de la revisión de oficio en la vía administrativa para los actos favorables al particular. En estos debe primar la vigencia del principio de la seguridad jurídica. De ahí la importancia de la estabilidad como característica del acto administrativo. La oportunidad y la legalidad son las razones por las que cabe revocar un acto administrativo.

Las razones de oportunidad hacen alusión a la preeminencia del interés público. Si un acto administrativo violenta dicho principio se convierte en lesivo a la sociedad. Por lo tanto, la vigencia del acto administrativo no es prudente y la misma Administración puede y debe retirarlo del ordenamiento jurídico. *“En este caso, el acto que se pretende revocar no tiene irregularidad alguna, ha sido expedido con apego estricto a la ley y, en consecuencia, es plenamente válido; simplemente, las necesidades de orden colectivo han variado desde la expedición del acto y mantenerlo resulta contraproducente para ellas”*³⁶.

³⁶ Aguilar Andrade, Juan Pablo; *Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana*; Colegio de Abogados de Pichincha, <http://www.colabpi.pro.ec/Colegio/ArtDoctrina/articulos/apuntessobrelaacciondelesividad.htm>, Quito- Ecuador, revisado el 28 de noviembre de 2010.

En otras palabras, la revocación por parte de la misma Administración surge de manera excepcional con los prerrequisitos antes mencionados. Esta acción en vía administrativa se denomina: acción de lesividad que se encuentra consagrada en el Art. 168, numeral 1° del ERJAFE, también se deduce su presencia de lo prescrito en el literal d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Esta acción de lesividad también ha sido incorporada en el Código de Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). Allí se faculta a los gobiernos autónomos descentralizados declarar la lesividad de actos administrativos que generen derechos para los administrados en aras del interés público. Esto significa que no solo el Ejecutivo tiene la facultad de declarar la lesividad, sino también las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales. La acción contenciosa se podrá interponer ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, según lo prescrito en el Art. 373 del cuerpo legal citado. De la lectura del Art. 373 se puede colegir que los gobiernos autónomos descentralizados no están obligados a plantear esta acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, pues expresamente indica: “*podrán*”, entonces queda la inquietud de ante qué otro órgano jurisdiccional, los gobiernos autónomos pueden plantear la acción contenciosa de lesividad. Desde mi punto de vista, debió indicarse imperativamente que este tipo de acción se debe plantear solo ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, por ser jurisdicción especializada y no dejar la duda, como ahora sucede.

Sin embargo, no existe una normativa expresa y clara sobre la forma y requisitos para su aplicación, sobre todo en el procedimiento jurisdiccional. A través de ella se pueden revocar actos administrativos favorables a los administrados que vayan en contra del

interés público. Cabe indicar que esta acción finalmente debe llevarse a impugnación en la vía judicial con la finalidad de que allí se establezca la concordancia del acto administrativo con las necesidades de orden colectivo surgidas luego de la emisión del acto y sobre todo para evitar que quede a la discrecionalidad de los mismos funcionarios públicos la revocación de los mentados actos. La seguridad jurídica prima sobre la voluntad de la Administración Pública lo cual puede ser garantizado al entregarse el control de este tipo de acción a la Función Jurisdiccional. Ciertamente, que esta acción no ha sido utilizada en debida forma en nuestro sistema legal, una por motivos de desconocimiento de su aplicación y otra por la ausencia de una normativa explícita sobre la aplicabilidad.

Pero en el caso de la revocación por causas de legitimidad la situación es diferente pues la misma tutela administrativa parecería suficiente para restablecer el derecho. Sin embargo, y conforme al criterio jurisprudencial requiere la acción de lesividad para proceder al restablecimiento normativo toda vez que se han creado derechos a favor de particulares, que no pueden ser desconocidos por la simple actuación de la Administración pese a que de por medio se esté atentando al principio de legalidad. Aquí tiene preeminencia el principio de seguridad jurídica en el proceso formativo de los actos administrativos.

3.1. Los recursos administrativos

Son los mecanismos puestos a disposición de los ciudadanos con el fin de que puedan defender sus derechos. Por lo tanto, es un medio de impugnación contra las actuaciones de un órgano estatal que es considerado como causante de un gravamen o productor de un desvío en el ordenamiento jurídico. Las causas de nulidad son los sustentos del ejercicio de estas instituciones jurídicas. En nuestra legislación los Arts. 129 y 130 del

ERJAFE, determinan claramente las condiciones para que un acto administrativo sea nulo. El recurso administrativo, permite que en la vía gubernativa se pueda contradecir al acto administrativo que violenta el ordenamiento jurídico. En el numeral 2º del Art. 129 del ERJAFE, va más allá y establece que también son nulas las “*disposiciones administrativas que vulneran la Constitución*”.

El requisito para que el acto administrativo sea susceptible de ser impugnado es que sea definitivo e incluso debe haberse notificado al interesado. Además, es indispensable que el particular, que se siente afectado, ponga en movimiento el procedimiento administrativo para la revisión del acto de supuesto gravamen. Esto nos pone frente a una controversia en el ámbito de la legalidad (Art. 130 numeral 1º ERJAFE).

Cabe aclarar que esta fase del procedimiento administrativo opera contra actos administrativos de efecto individual o particular. Los actos de carácter general tienen una revisión en la vía contencioso administrativa o incluso a través del control constitucional. La fase impugnatoria tiene como finalidad alcanzar la extinción o reforma del acto administrativo. El Art. 89 del ERJAFE dice:

“Art. 89.- ORIGEN DE LA EXTINCION O REFORMA.- *Los actos administrativos que expidan los órganos y entidades sometidos a este estatuto se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado.*

En general, se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición.

También se podrán extinguir los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos que incidan en las instituciones u órganos administrativos sujetos al presente estatuto.”

En la doctrina se ha clasificado a los recursos administrativos en: ordinarios y extraordinarios. Los primeros son aquellos que se plantean contra cualquier tipo de actos administrativos y pueden fundarse en cualquier causa de nulidad. Están comprendidos dentro de estos los recursos de alzada y de reposición. En cambio los segundos, son aquellos que caben contra actos firmes dentro de la misma vía administrativa. Las causas para interponer este tipo de recurso están taxativamente establecidas en la norma. El típico ejemplo es el recurso de revisión.

3.1.1. Recurso ordinario de alzada.

La presentación de este recurso se lo hace ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo impugnado o directamente ante el jerárquicamente superior. Sin embargo, la naturaleza del recurso determina que quien reforma o modifica el acto impugnado es el superior jerárquico, en otras palabras es quien resuelve, y de ahí la denominación de recurso de alzada. También es conocido como recurso de apelación por su similitud con el recurso jurisdiccional de ese nombre, en donde se busca una revisión de una sentencia judicial por parte del superior. El objeto son los actos que no ponen fin a la vía administrativa y que afecten a derechos subjetivos directos del administrado (Art. 176 del ERJAFE). La finalidad es alcanzar la revisión del acto impugnado en concordancia con la normativa pertinente, es decir, se encamina dentro del principio de legalidad que es quien determinará la procedencia o no del recurso. En nuestra legislación este recurso es potestativo y puede plantearse contra las resoluciones y actos administrativos, cuando estos no pongan fin a la vía administrativa, y será planteado ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de la administración que dictó el acto. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. También son susceptibles de este recurso

los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado. Contra la resolución del recurso de apelación solamente cabe reposición.

En nuestro sistema jurídico el recurso de apelación se lo planteará en el plazo de 15 días, es decir, que de conformidad a lo prescrito en el Art. 118 del ERJAFE, este plazo se contará en días hábiles posteriores a la fecha de la notificación cuando el acto es expreso y afecta a derechos subjetivos de los particulares. Sin embargo, en el caso de que el acto sea presunto como cuando es efecto del silencio administrativo, el recurso puede en el plazo de dos meses contados desde la fecha en que según la legislación interna, esta indique cuando surtirán los efectos producto del silencio administrativo, es decir, en nuestro caso este tiempo será el de 15 días hábiles según lo prescrito en el Art. 28 de la Ley de Modernización. El plazo de interposición precluye en caso de no ser planteado el recurso dentro del mismo. Terminado el plazo finaliza también la posibilidad de poner en funcionamiento el recurso en contra del acto administrativo que se considera ofensivo a los derechos del administrado.

3.1.2. Recurso ordinario de reposición.

Este a semejanza del anterior, es potestativo, por cuanto su no utilización no afecta a la vía administrativa y se plantea ante la misma autoridad administrativa que dictó el acto administrativo impugnado. Una vez planteado es necesario esperar su resolución antes de acudir a la vía judicial. En algunas legislaciones como la española, y según lo mencionado por el profesor García Enterría, este recurso es obligatorio, lo cual es cuestionable por cuanto se produce una dilación innecesaria como lo menciona Brigante³⁷. Es fundamental dejar sentado que la característica de este recurso consiste en

³⁷ Brigante Guerra, Rafael; *La Derogatoria del Recurso de Reposición en el Procedimiento Administrativo Tributario*, Revista Jurídica on line, Universidad Católica Santiago de Guayaquil,

que quien resuelve la petición del administrado es la misma autoridad que dictó el acto impugnado. Es un recurso horizontal. La finalidad consiste en que la misma autoridad modifique, revoque o aclare el acto administrativo impugnado con el fundamento de que estaría en contra del principio de legalidad. Tampoco es un requisito haberlo interpuesto para acceder a la vía jurisdiccional.

También tiene un plazo para su presentación; conforme lo estatuye el Art. 175 del ERJAFE. El plazo es preclusivo por cuanto una vez transcurrido fenece la posibilidad de plantearse. El administrado que siente afectados sus derechos por el acto administrativo tiene 15 días hábiles, al igual que en el caso del recurso de apelación, para plantear el recurso de reposición en tratándose de actos administrativos expresos. En cambio, cuando el objeto del recurso es un acto presunto el plazo será de dos meses que se empezarán a contar desde el día siguiente al que según la legislación se entiende se produce el silencio administrativo, que como antes vimos es 15 días hábiles, según el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, antes citada. Es un recurso que garantiza el derecho al debido proceso y el principio de contradicción, por lo que debe tener coherencia entre lo que el administrado solicita y el contenido del acto impugnado³⁸.

3.1.3. Recurso extraordinario de revisión.

Es un recurso horizontal es decir será resuelto por la misma autoridad que dictó el acto administrativo impugnado. Se lo plantea ante actos administrativos firmes en vía administrativa, de ahí su carácter de extraordinario para asegurar la corrección de las resoluciones. Por lo tanto, el objeto de este recurso consiste en revisar actos

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=157&Itemid=57, revisado el 5 de diciembre de 2010.

³⁸ Santofimio, Jaime Orlando; *Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994, pg. 213.

administrativos firmes que adolecen de elementos específicos anulatorios que hacen dudar de su legalidad. Según nuestra normativa, el Art. 178 del ERJAFE determina esas causales:

- “ 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.”*

Las causales determinadas en la norma permiten el acceso al recurso, es decir, es una enumeración taxativa y restrictiva por lo que se convierte en extraordinario o excepcionales como lo denomina el profesor Jaime Santofimio³⁹. Esta tasado en la legislación de cada país.

Este recurso tiene un plazo para ser presentado. En el artículo antes citado, se indica:

“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”.

Cabe aclarar que en los casos de los literales a) y b) el plazo empezará a correr desde el día posterior a la notificación de la resolución. En los otros casos inicia el plazo el

³⁹ Santofimio, Jaime Orlando; Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994, pg. 227.

momento en que se conocen los elementos documentales que sirven como fundamento al recurso.

Es un mecanismo de garantía del principio de legalidad. El último inciso del Art. 178 del ERJAFE, desde mi punto de vista es confuso en su redacción e innecesario por contradecir la naturaleza misma del recurso, pues establece que la Administración puede revisar el fondo mismo del acto impugnado. Si aceptamos la posición planteada en la norma en estricto sentido no tendría diferencia con el recurso ordinario de reposición.

4. Control jurisdiccional

Proviene de la potestad constitucional entregada a la Función Judicial referente a la revisión de las actuaciones realizadas por la Administración Pública para verificar su armonía con toda la legislación. Este principio está consagrado en los Arts. 173 y 226 de la Constitución de la República y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial. Su fundamento radica en el hecho que las cuestiones de derecho inherentes a la función administrativa serán revisadas por un tercero imparcial para ofrecer garantías al imperio del derecho y equiparar las relaciones desiguales existentes entre los administrados y la Administración Pública, como bien lo señaló el profesor Francisco Tinajero Villamar⁴⁰. En otras palabras, es la garantía de la tutela judicial efectiva que es un principio de aplicación de los derechos, según lo estatuye el numeral 9° del Art. 11 de la Constitución de la República y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. De esta forma, los ciudadanos no se encuentran en indefensión frente a la autoridad estatal en aras del imperio de la Ley.

⁴⁰ Citado por Morales Tobar, Marco; *Derecho Procesal Administrativo*, texto guía de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, primera edición, mayo 2010, pg. 339.

La jurisdicción contencioso administrativa es una jurisdicción especial pues solo tiene a su cargo la revisión de pretensiones de carácter administrativo. Es decir, que será materia de esta jurisdicción la función administrativa, pero tampoco todas sus actuaciones estarán inmersas en la materia de revisión. El criterio subjetivo no es suficiente para determinar el objeto analizado sino también el criterio objetivo. Por lo tanto, los actos sometidos a esta jurisdicción son aquellos que a más de brotar de un órgano de la Administración Pública también son la manifestación de la voluntad de la misma, es decir, debe configurarse un acto administrativo como tal. *“En consecuencia, para que sea admisible una pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativo es necesaria la existencia previa de un acto administrativo, y que la pretensión se deduzca precisamente en relación con un acto administrativo, bien para pedir la declaración de no ser conforme a derecho, y en su caso la anulación, bien para solicitar el reconocimiento de una jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma.”*⁴¹ Es un proceso de conocimiento en relación a todos los actos administrativos, pese a que muchos autores propugnan que existen actos provenientes de la función administrativa que no deberían ser objeto de revisión por parte de la Función Judicial, conocidos como actos políticos, de gobierno o institucionales del Estado, entendidos como aquellos que entrañan exigencias superiores en el orden general que puedan comprometer los intereses supremos de la nación, según consta en el Art. 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa. Sin embargo, por lo vaga de la definición es difícil delimitar este tipo de actos de manera categórica; incluso en la doctrina no está claramente definido.

Según el Art. 69 del ERJAFE, no es necesario haber agotado la vía administrativa antes de acudir a la vía judicial. El efecto de la revisión judicial es capital, pues según el Art.

⁴¹ Calderón Morales, Hugo Haroldo; *El control jurisdiccional privativo de los actos y resoluciones de la Administración Pública Guatemalteca*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1624/5.pdf>, pg. 11, revisado 6 de diciembre de 2010.

207 del cuerpo normativo antes citado, debe cumplirse inmediatamente la resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. La inobservancia en el cumplimiento de estas resoluciones puede ser sancionada hasta con la destitución del funcionario incumplido. El Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa determina los niveles normativos en los cuales puede intervenir el recurso contencioso administrativo. Sin querer hacer mayores disquisiciones, dejamos sentado que no estamos de acuerdo en llamar “*recurso*” a este proceso judicial especializado. Primero, por los argumentos anteriormente expuestos sobre la naturaleza del proceso contencioso administrativo, entendido el término proceso como el cúmulo de actuaciones tendientes al establecimiento del Derecho en donde se incluyen no solo la sucesión de actos sino los elementos intrínsecos como capacidad, legitimación y competencia, entre otros⁴². En segundo lugar, porque la importancia del Contencioso Administrativo es fundamental al limitar el poder y ser el órgano de control de la legalidad en la actuación del Estado. Por lo tanto, estamos en pleno acuerdo con la posición del profesor Marco Morales, respecto a que no es dable que en el actual Código Orgánico de la Función Judicial se haya disminuido la importancia de los órganos de lo contencioso administrativo degradándolos de Tribunales a simples Salas de las Cortes Provinciales cuyo cambio se dará por parte del Consejo de la Judicatura conforme la disposición transitoria CUARTA del Código Orgánico de la Función Judicial.⁴³ Recordemos que los miembros del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo tenían rango de magistrados de la Corte Suprema (Art. 8 y 9 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sobre todo con la reforma que se incorporó en el Art. 2 del Decreto Supremo N° 1077 publicado en el R.O. 392 de 17 de septiembre de 1973)

⁴² Enciclopedia Jurídica; ***Proceso***, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/proceso/proceso.htm>, revisado el 6 de Diciembre de 2010.

⁴³ Morales Tobar, Marco; ***Derecho Procesal Administrativo***, texto guía de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, primera edición, mayo 2010, pg. 343.

Según este mal llamado recurso contencioso administrativo en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las actuaciones de la Administración Pública susceptibles de ser impugnadas son los “*reglamentos, actos y resoluciones*”. Debe entenderse que en términos generales se pueden revisar los actos administrativos generales e individuales; sin embargo, no es plenamente claro si también se comprenden los contratos administrativos. Para ello debemos concordar con las normas del actual Código Orgánico de la Función Judicial, en donde queda claro que también los contratos administrativos pueden ser impugnados ante los jueces de lo contencioso administrativo, según lo prescrito en el Art. 217 del citado cuerpo legal; en donde constan todas las atribuciones de los nuevos jueces de lo contencioso administrativo, pues también se cambió el rango de magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo a simples jueces (Art. 134 del Código Orgánico de la Función Judicial). Cabe rescatar que se hace alusión a los actos de organismos administrativos de la Función Judicial, conforme al numeral 7º, del artículo 217 mencionado.

Si bien el Código Orgánico de la Función Judicial busca ser más explícito sobre el campo de acción de la jurisdicción contenciosa administrativa, termina abundando en una enumeración taxativa de atribuciones en 15 numerales del tantas veces citado Art. 217, que pueden llevar a ciertas ambigüedades. Se trata de abarcar a todos los actos y desde nuestro punto de vista es importante analizar el numeral 2º, toda vez que en él se hace alusión al principio de legalidad y como una de las atribuciones la de “*supervisar*” que ese principio rijan en los actos y hechos administrativos así como en la atribución reglamentaria de la Administración Pública. Más correcto hubiese sido que se diga que controlará la vigencia del principio de legalidad, pues el verbo supervisar hace pensar que solo puede tener una función de observador sin mayor injerencia reformativa del acto en sí mismo.

Otro aspecto importante es el del numeral 4° en donde se incluyen expresamente a los contratos administrativos, producidos por el Estado, que afecten a los intereses subjetivos de los particulares. Por lo tanto, ahora es claro que todo contrato producido o expedido por la Administración Pública está sometido a la jurisdicción contencioso administrativa.

En definitiva, todo acto administrativo emanado de cualquier órgano de la Administración Pública podrá ser objeto de revisión en la jurisdicción contencioso administrativa, incluso sin que previamente se haya agotado la vía administrativa.

5. Control de la constitucionalidad de los actos administrativos

Todo acto administrativo se engarza en el sistema de normas de cada Estado y por tanto, debe respetar varios principios y valores. La norma primigenia en todo estado de derecho es la Constitución. En nuestra legislación esta Norma Suprema contempla varias garantías esenciales en el quehacer administrativo del Estado. El primero de estos principios constitucionales es el de la garantía normativa.

Las garantías normativas según el Art. 84 de la Constitución de la República consisten en que:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

De donde se desprende que las garantías normativas, pueden ser definidas como todo tipo de garantía de carácter institucional que reconocen siempre, en todas las normas jurídicas y actos normativos emanados de los entes de la función administrativa, tanto de una serie de principios y valores que se consideran básicos e ineludibles a la hora del correcto funcionamiento del aparato estatal, en cuanto sistema de Estado de derecho, como de los concretos derechos humanos y de sus correspondientes instrumentos garantizadores. Este principio está íntimamente ligado con el principio administrativo de legalidad, con la diferencia que en el caso de las garantías normativas tienden a asegurar el reconocimiento normativo de los derechos humanos y evitar su modificación en la normativa secundaria.

El control de la constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de contar con un organismo imparcial e independiente que actúe de manera técnica en la revisión de las actuaciones de todas las instituciones públicas emisoras de actos normativos y administrativos para evitar contradicciones con la Norma Suprema. Ya vimos, que en nuestro régimen constitucional se establece que cualquier actuación de organismos del Estado puede ser impugnada en vía administrativa y “*ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*” (Art. 173 Constitución de la República).

Esta revisión jurisdiccional puede realizarse mediante tres mecanismos:

- a) Mediante control jurisdiccional, conforme lo detallamos anteriormente, y tiene por fin revisar los actos administrativos que infringen el principio de legalidad. La naturaleza de este procedimiento es jurisdiccional pues se inicia a petición de parte interesada, cuyo derecho subjetivo, es afectado por la actuación administrativa con el objeto de revisar si se encuentra en armonía con la

normativa de derecho objetivo. El efecto jurídico que produce es la nulidad del acto ilegal, provocando su desaparición del ordenamiento jurídico.

- b) Mediante la acción de protección y medidas cautelares constitucionales, establecidas en los Arts. 87 y 88 de la Constitución de la República. La acción de protección se da cuando existe una vulneración de derechos constitucionales al emitir un acto administrativo por parte de autoridad pública. El artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, delimita la esfera en que actúa esta acción constitucional. Tiene como presupuestos: el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en general los derechos humanos protegidos en tratados internacionales, la acción u omisión de una autoridad pública no judicial y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz. Su efecto jurídico consiste en lo preceptuado en el numeral 4° del Art. 86 de la Constitución de la República, es decir, el juez declara la vulneración de los derechos y además debe ordenar la reparación integral, material e inmaterial así como especificar las obligaciones del destinatario de la resolución.

De igual manera, las medidas cautelares tienen por objeto prevenir, interrumpir o impedir la violación de un derecho, como lo establece el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo tanto, es aplicable este tipo de medidas ante actos administrativos que violen derechos constitucionales toda vez que nuestra Constitución es eminentemente garantista.

- c) A través de la acción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 436, numeral 4°, de la actual Constitución de la República. Al respecto, es importante hacer un análisis histórico de esta institución jurídica a partir de la Constitución

de 1998, en la que se hacía mención en su artículo 276, como una de las competencias del Tribunal Constitucional:

“2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.”

Como vemos, hay mención a que el Tribunal Constitucional tiene la facultad de revisar todos los actos administrativos de autoridad pública que se consideren contrarios a la Constitución. En otras palabras, los actos administrativos de la Administración pública eran revisados jurídicamente por el Tribunal Constitucional, al igual que los actos normativos mencionados en el numeral 1º del artículo citado. Sin embargo, para el presente trabajo nos circunscribiremos a la facultad concerniente a la revisión de los actos administrativos. El fundamento de esta acción radica en el hecho que la petición del afectado debe basarse en que el acto administrativo es inconstitucional; pues si se argumenta que dicho acto viola los derechos constitucionales del peticionario debe plantearse una acción de amparo constitucional y si se trata de una discusión de ilegalidad la acción que procede es la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El efecto jurídico era la revocatoria del acto administrativo que involucra que las situaciones jurídicas vuelven al estado anterior a la emisión del acto administrativo.⁴⁴

⁴⁴ Oyarte, Rafael; *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y administrativos*, Revista Judicial de La Hora, Derecho Ecuador, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2756&Itemid=426, Quito-Ecuador, revisado 29 de Diciembre de 2010.

La evolución del sistema, en la Constitución de 2008, nos trae ciertas novedades. En el numeral 4° del artículo 436 se hace mención a que los actos administrativos con efectos generales son los únicos que serán susceptibles de ser objeto de esta acción de inconstitucionalidad. Anteriormente, eran susceptibles de revisión todos los actos administrativos. De ahí, la importancia de llegar a una determinación clara de la naturaleza jurídica de estos llamados actos administrativos de efectos generales.

Parece que la intención del constituyente del 2008, busca hacer una delimitación de los actos administrativos susceptibles de este tipo de acción a través de la naturaleza del acto impugnado, a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1998, en donde, la restricción para que se revise cualquier acto administrativo se dio por la vía de la legitimación activa toda vez que no cualquier persona podía interponer esta acción (Art. 277 de la Constitución de 1998). En otras palabras, hoy es claro que los actos administrativos en estricto sentido no son susceptibles de ser revisados por parte de la Corte Constitucional en una acción de inconstitucionalidad. La Constitución de Montecristi determinó que los únicos actos administrativos sujetos al control de la constitucionalidad son aquellos llamados de “efectos generales”. Por lo tanto, se hace una discriminación sobre la base de la naturaleza del acto y no a través de la legitimación activa, como era en la anterior Constitución. Se deja de lado a los actos administrativos per se, para ocuparse de los actos que están dirigidos a una pluralidad de individuos sin llegar a ser un acto normativo.

Con la mención de estos elementos respecto al control de la constitucionalidad tendremos la base suficiente para demarcar el marco teórico de nuestra investigación. El desafío radica en desentrañar la naturaleza y los presupuestos jurídicos de esta figura

denominada “acto administrativo de efectos generales”. A la luz de la actual Constitución, toma gran relevancia este tipo de actos administrativos por cuanto son los que pueden ser revisados a través de una acción de inconstitucionalidad. Inmediatamente de ello se desprenderá la forma de presentar dicha acción y el procedimiento a seguir así como los efectos que producen.

SEGUNDA PARTE

1 El acto administrativo con efectos generales

1.1 Definición

Con abundancia hemos hablado del acto administrativo, sus elementos constitutivos y su definición. Estamos claros que el acto administrativo engloba los componentes de: la voluntad de la Administración Pública y el efecto jurídico sobre los derechos subjetivos de los particulares. La manifestación de la voluntad siempre debe encarnar una decisión. Pero dentro de estos grandes componentes podemos desmenuzar los elementos constitutivos de esta institución jurídica.

Si bien mencionamos la concepción del profesor Gordillo, respecto al criterio objetivo que analiza la función administrativa y desemboca en un sentido lato del concepto de acto administrativo, metodológicamente es mejor circunscribirnos al sentido restringido pues así quedan excluidos los actos contractuales y los normativos o generales. Por tanto podríamos ejercitar un concepto sobre la base planteada. El acto administrativo es la declaración unilateral de la voluntad de los órganos públicos en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos respecto a casos individuales.

Dadas de esta forma las cosas, parecería que el culmen de nuestro trabajo es una figura jurídica imposible de existir por ser en una negación de sí misma. Vemos que el acto administrativo debe ser de efectos particulares y dirigido a personas determinadas, pues el acto administrativo de efectos generales se convierte en el llamado acto normativo que goza de las calidades de general y abstracto. Pero hoy por primera vez en nuestra normativa constitucional aparece la figura del acto administrativo de efectos generales.

Existen actos administrativos que si bien no mantienen plenamente la característica de ser abstractos y generales están dirigidos a una pluralidad de personas indeterminadas pero más o menos determinables; por lo tanto, no comprende a plenitud la calidad de acto normativo. El ejemplo más claro es la convocatoria a los aspirantes a llenar una vacante de juez. *“No se trata, evidentemente, de una norma o disposición, es un acto administrativo con efectos generales que se agota al momento de consumarse su fin; pero no se convierte en Derecho Objetivo o fuente de derecho ni se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico.”*⁴⁵

Ante esta aparente incompatibilidad, nace la necesidad de dar un marco definido a esta figura jurídica. Lo importante es establecer las características que hacen al acto administrativo de efectos generales distinto tanto de un acto normativo como del acto administrativo en sentido restringido.

Es evidente que el primer elemento distintivo es el hecho que se trata de un acto administrativo, por derivar de un acto volitivo de un órgano de la administración Pública, que no goza de la cualidad de la generalidad propia del acto normativo. Otro aspecto diferenciador es que el acto de efectos generales no es abstracto, es decir, que la regulación del precepto jurídico no es objetiva e impersonal.

Por lo tanto, el acto administrativo de efectos generales, o como lo llama Gordillo: acto administrativo general o simplemente acto general, es aquel que encarna la voluntad de un órgano de la Administración Pública y produce efectos jurídicos en una pluralidad de personas indeterminadas pero que son determinables sin llegar a gozar de la

⁴⁵ Zavala Egas, Jorge; *Derecho Administrativo, Tomo I*, Edino 2005, Guayaquil-Ecuador, pg. 178.

característica de ser general y abstracto. No pasa a formar parte del derecho objetivo y se agota una vez ejecutado.

1.2 Naturaleza jurídica

La doctrina ha reconocido una clasificación basada en los efectos que producen los actos emitidos por autoridad pública. Los actos con efectos jurídicos subjetivos, concretos de alcance particular son los actos administrativos; mientras el acto normativo produce efectos jurídicos generales.

En esta clasificación aparece la figura llamada acto administrativo de efectos generales, que viene a ser un tono gris en esta clasificación. En nuestra legislación vio a luz en la Constitución de Montecristi en su artículo 436, numeral 4°. Antes no existía en la legislación ecuatoriana.

En el origen están las llamadas órdenes o mandatos de la jerga militar y policial, tomando en cuenta que son organismos de control del Estado; en otras palabras, también son productores de actos administrativos. La orden supone una manifestación de voluntad dirigida de modo imperativo por el superior jerárquico a sus subordinados para exigir una acción a estos.⁴⁶ Como vemos la orden produce efectos jurídicos en los receptores de la misma sin tener el carácter de normativo. Además, se dirige a un grupo de personas (subordinados) que pueden ser indeterminados pero determinables toda vez que la orden se dirige para todas aquellas personas que reúnen ciertas calidades (en nuestro caso a todos aquellos que jerárquicamente están bajo la égida del emisor de la orden). Luego en la legislación española, surgió una discusión sobre la legitimación en

⁴⁶ Enciclopedia Jurídica; **Orden**, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden/orden.htm>, revisado el 5 de enero de 2011.

las acciones contencioso administrativas en el Tribunal Supremo Español seguidas contra actos administrativos y contra los actos normativos. En el caso de los primeros, la acción puede plantearla cualquier persona que se encuentre directamente afectada por el acto; en cambio, en el caso de los segundos solo podían presentar la acción los cuerpos colegiados que tengan directamente un interés.

Al respecto, se han planteado diferentes posiciones para establecer la diferencia entre los dos tipos de actos.

Según la tesis de Dromi, el elemento diferenciador es la generalidad. Si el acto tiene efecto para un grupo indeterminado de personas estamos frente a un reglamento administrativo o acto normativo. Por oposición, si el acto está dirigido a una persona o grupo definido estamos frente a un acto administrativo⁴⁷. Esta es la posición simplista y por lo tanto, que deja definitivamente fuera a los actos administrativos de efectos generales. Además, termina concluyendo que todo acto que goza de la característica de la generalidad irremediamente debe pasar a integrar el ordenamiento jurídico. En la doctrina española, esta fue la tesis más utilizada por lo que llevó a exigir la legitimación activa a la impugnación cualquier acto administrativo dirigido a una pluralidad de personas.

Otra de las posiciones, se sustenta en la regulación del precepto jurídico. En los actos normativos el precepto jurídico es abstracto, es decir, es objetiva e impersonal. Por el contrario, si el acto regula una situación concreta, determinada e individualizada estaremos ante un acto administrativo. En otras palabras, el acto normativo puede

⁴⁷ Dromi, Roberto; *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Argentinas, 1998, pg. 181, <http://www.mediafire.com/?gzyvj2nn5zn>, revisado el 7 de enero de 2011.

configurar un sin número de situaciones pero el acto administrativo se circunscribe a una única situación determinada.

En razón de que estas tesis explican la distinción de los actos normativos y los actos administrativos tan solo en elementos intrínsecos y no en aquellas características externas que dan vida a estas instituciones jurídicas se hace necesario tomar otros puntos de vista.

Otras tendencias se orientan a poner énfasis en la competencia de la autoridad y el procedimiento para producir el reglamento o acto normativo. Pero ante la limitación para determinar la calidad de cada tipo de acto, se ha tomado otro camino. En ocasiones el legislador otorga al órgano administrativo la facultad de que con su actuación colabore con la formación del ordenamiento jurídico. En cambio, en otras ocasiones se otorga la facultad de que el órgano administrativo actúe en función de principios de oportunidad en casos particulares cambiantes. En el primer tipo de facultad estamos ante el acto normativo mientras en el segundo ante el acto administrativo. Desde mi punto de vista es poco lo que aporta a la categorización del acto administrativo de efectos generales sin embargo, hacemos esta disquisición con el objeto de ampliar nuestro espectro de comprensión sobre las figuras jurídicas del acto normativo y del administrativo.

En otro orden de cosas otros autores ponen énfasis en la actuación de los destinatarios del acto administrativo, entendiéndose como acto administrativo en el sentido restringido, es decir como acto jurídico unilateral de la función administrativa. Esto quiere decir, que el acto normativo es cumplido, por los destinatarios, en varios momentos. En otras palabras el acto normativo no se agota y por lo tanto, pasa a integrar el ordenamiento jurídico. De ahí que estas tesis han tomado el nombre de

“Ordinamentalistas”. Así el jurista argentino Agustín Gordillo, determina que existen actos jurídico-administrativos de tres tipos: unilaterales generales, unilaterales particulares y los contractuales.⁴⁸ El mismo autor hace una distinción entre el acto normativo y el administrativo respecto a la forma de ponerlos en conocimiento de los destinatarios al determinar que el acto normativo siempre requiere de *publicación* para producir los efectos, mientras el acto administrativo debe ser *notificado* al destinatario particular.⁴⁹ Otro elemento diferenciador es la motivación, pues en el acto normativo esta motivación es más laxa o tiene “*mayor latitud*”, como dice Gordillo; mientras el acto administrativo “*con mayor severidad cabe reclamar la motivación*” pues el acto administrativo va dirigido a modificar, otorgar o extinguir derechos subjetivos de los particulares.⁵⁰

1.3 Elementos

Como hemos visto el acto administrativo de efectos generales técnicamente posee todos los elementos de un acto administrativo, entendido en término restringido. Por lo tanto, también posee los elementos objetivos y subjetivos mencionados en la primera parte de este trabajo. Sin embargo, esta extensa presentación doctrinaria permite desentrañar los elementos característicos de este tipo de acto en particular.

Uno de los elementos objetivos fundamentales es el motivo pues este se sustenta en “*un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa*

⁴⁸ Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3*, 9° edición, Buenos Aires-Argentina, FDA, 2007, pg. IV-3, http://www.gordillo.com/tomos_pdf/3/capitulo4.pdf, revisado 21 de enero de 2011.

⁴⁹ *Ibidem*, pg. IV-5

⁵⁰ *Ibidem*, pg. IV-6

*circunstancia, logrando un resultado único irrepetible y no meramente regular la conducta”*⁵¹

La consunción es otro elemento determinante pues este tipo de actos se consumen en sí mismos en la función administrativa diferencia de la inserción de los actos normativos que se perennizan y pasan a formar parte del ordenamiento jurídico.

Con el fin de analizar estos elementos se hace necesario revisar la resolución RTV-717-22-CONATEL-2010 del Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) del 29 de octubre de 2010, en donde, en los considerandos y fundamento para la resolución se hace un análisis jurídico sobre los elementos distintivos tanto del acto normativo como del acto administrativo con efectos generales, lo cual nos hace ver la incorporación de esta figura en nuestro sistema administrativo:

“RESOLUCIÓN RTV-717-22-CONATEL-2010

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONATEL

.....

QUE, El segundo de los alegatos formulados por el recurrente en contra de la Resolución 472- 16-CONATEL-2010 de 02 de Septiembre de 2010 dice que el CONATEL no tiene competencia para dictar un acto administrativo de esta naturaleza por cuanto esta es una facultad establecida en la Ley a favor del ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, siendo que de conformidad con el Art. 132 de la Constitución de la República se requiere de Ley para que los órganos públicos puedan expedir actos normativos; y, paralelamente, alega que el Decreto Ejecutivo No. 008 de 13 de agosto del 2009, publicado

⁵¹ Ortiz, Eduardo, ***Materia y objeto del contencioso-administrativo***, San José, 1965, p. 128. Citado por Agustín Gordillo en ***Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3***, 9° edición, Buenos Aires-Argentina, FDA, 2007, pg. IV-3, http://www.gordillo.com/tomos_pdf/3/capitulo4.pdf, revisado 21 de enero de 2011.

en Registro Oficial No. 10 de 24 de Agosto del mismo año, no es Ley y por tanto no es admisible que con el mismo se pretenda modificar el texto de una norma Legal y atribuir así las funciones del CONARTEL al CONATEL.

Esto es un error que parte de la confusión de conceptos en que incurre el administrado. En términos generales, la doctrina y la legislación distinguen al acto administrativo de alcance particular, al acto administrativo de efectos generales y al acto normativo por los efectos que producen los mismos.

Es así que el acto administrativo al que se refiere el Art. 65 del ERJAFE produce efectos singulares, particulares o individuales y por otro, el acto normativo produce efectos generales de larga duración y el acto administrativo de efectos generales produce consecuencias de amplio alcance respecto de personas indeterminadas pero que una vez agotada su finalidad se extingue sin necesidad de declaración previa.

El acto normativo es una manifestación de voluntad excepcional de la administración que nace del ejercicio de una potestad legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado, y es al que se refiere el número 6 del Art. 132 de la Constitución de la República.

Lo anterior, es ratificado por los artículos 65 y 80 del ERJAFE que dejan en claro que la característica fundamental del acto administrativo de alcance particular es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del acto normativo, que produce efectos jurídicos generales.

*El CONATEL se halla plenamente facultado para emitir actos normativos, sin embargo, la Resolución 472-16-CONATEL-2010 de 02 de Septiembre de 2010 no tiene esa calidad. No se trata tampoco de un acto administrativo de efectos generales, pues éste es aquél que está direccionado a una pluralidad de personas **que son indeterminadas**, como ejemplo el acto de convocatoria de los aspirantes a llenar una vacante de juez. (Zavala Egas, Jorge - Derecho Administrativo, Tomo I).*

La diferenciación entre los actos normativos y los actos administrativos de alcance general tiene un reconocimiento constitucional, pues el Art. 436 de la Constitución de la República en los número (sic) 2 y 4, establece acciones de inconstitucionalidad independientes para uno y otro.

*En resumen, un acto administrativo es "singular" cuando sus efectos son hacia una sola persona o un grupo determinado de personas. Por otro lado, a diferencia del acto normativo, el acto administrativo de efectos generales **se agota al momento de***

consumarse su fin, pero no se convierte en derecho objetivo o fuente de derecho ni se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico.

La Resolución 472-16-CONATEL-201Q de 02 de Septiembre de 2010, por tanto no tiene carácter de acto normativo ni de acto administrativo de efectos generales, pues se trata de una declaración unilateral de voluntad de la autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que ocasiona derechos subjetivos, concretos e inmediatos, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas **individuales** toda vez que los mismos no alcanzan a la totalidad de concesionarios de televisión sino a un grupo específico y determinado de personas, es decir, es un acto administrativo de efectos particulares.

Por lo que la argumentación en este punto se halla por completo fuera de lugar y debe ser desestimada.

.....

De esta norma se extrae que:

- a) Por regla general todos los actos administrativos son legítimos y ejecutivos desde su expedición; y,
- b) La suspensión de la ejecución de un acto administrativo es admisible únicamente en los casos expresamente establecidos en la Ley, como sucede en el Art. 75 e inciso segundo del 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esto coincide con lo reglado en el ERJAFE en sus Arts. 68 y 124 que consagran la legitimidad e inmediata ejecutividad de los actos administrativos, siendo que según el número 1 del Art. 189 del Estatuto, la interposición de un recurso no suspende la ejecución de un acto administrativo.

En tal virtud y dado que la impugnación deducida es amplia y suficientemente atendida, no cabe considerar la posibilidad de una violación a la norma constitucional que invoca el concesionario.

.....

En ejercicio de sus atribuciones:

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO.- Avocar conocimiento del recurso de revisión propuesto por el señor Jaime Enrique Carrillo Guevara, Gerente General y Representante Legal de la Compañía CANAL

UNO S.A., contra la Resolución No. 472-16-CONATEL-2010 de 02 de Septiembre de 2010 y del Informe Técnico constante en Memorando número DGJ-2010-2375 de 27 de Octubre de 2010 emitido por la Dirección General Jurídica de la SENATEL.

ARTÍCULO DOS.- *Rechazar el recurso de revisión propuesto por el señor Jaime Enrique Carrillo Guevara, Gerente General y Representante Legal de la Compañía CANAL UNO S.A., contra la Resolución No. 472-16-CONATEL-2010 de 02 de Septiembre de 2010 y ratificar el mencionado acto administrativo, sin perjuicio del error en la denominación del recurso que aparece en el escrito de la recurrente.*

ARTÍCULO TRES.- *El concesionario podrá interponer contra la presente Resolución las acciones o recursos de las que se creyere amparada incluyendo su derecho intentar la acción contencioso administrativa de la que se crea asistida en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de su domicilio.*

ARTICULO CUATRO.- *Notifíquese con esta Resolución al señor Jaime Enrique Carrillo Guevara, Gerente General y Representante Legal de la Compañía CANAL UNO S.A., en el casillero judicial número 286 de la Oficina de Sorteos y Casilleros del Palacio de Justicia de Quito, perteneciente a su abogado patrocinador, señor Doctor Jaime Guamán Larco. Notifíquese también a la Superintendencia de Telecomunicaciones y a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones*

La presente resolución es de ejecución inmediata a partir de su notificación.

*Dado en Quito, el 29 de octubre de 2010
LIC. VICENTE FREIRE RAMIREZ
SECRETARIO DEL CONATEL”*

En la Constitución de 2008, se incorporó la figura del acto administrativo de efectos generales. En el ERJAFE, este tipo de actos administrativos no está estipulado, sin embargo, está introduciéndose en el quehacer administrativo de las instituciones públicas como lo vemos en la resolución de un recurso administrativo expedido por el CONARTEL y transcrito.

En primer lugar, un elemento que debe analizarse para determinar si un acto administrativo es del tipo de efectos generales, es ver si éste nació producto de una

facultad normativa establecida en una Ley. Según el Art. 132, numeral 6° de la Constitución de la República establece que “*la capacidad de expedir normas de carácter general, requiere ley.*” En el caso planteado vemos que este criterio es plasmado en el análisis jurídico que realiza para resolver el recurso administrativo de revisión. Por lo tanto, siempre que tengamos ante nosotros un acto administrativo, es necesario determinar si se originó en la potestad normativa de la administración pública; de ser así, sabremos que se trata de un acto normativo y por tanto de efectos generales y abstractos. En este tipo de situación estaremos frente a un acto normativo que es distinto del acto administrativo de efectos generales.

Otro aspecto a tomarse en cuenta cuando queremos distinguir un acto administrativo de efectos generales, es la capacidad de “consunción”, en palabras de Gordillo. Los efectos que produce un acto normativo son generales, es decir que no se agotan en una sola ocasión. El acto permanece en espera de que existan otras situaciones que se subsuman en las condiciones establecidas en el acto normativo para nuevamente entrar en vigencia el acto normativo. De ahí, se desprende que el acto normativo subsiste y se incorpora al derecho objetivo de manera permanente; tan solo saldrá del ordenamiento el momento en que la misma administración pública emita otro acto normativo que reforme, modifique o derogue aquel. En cambio, el acto administrativo de efectos generales no se incorpora al ordenamiento, como vimos en las tesis ordinamentalista. Este tipo de actos se consume al momento de cumplirse las condiciones establecidas, como ejemplo clarificador, está el caso de una convocatoria a concurso para llenar una vacante de juez, como lo menciona el jurista Jorge Zavala Egas⁵², en donde una vez realizado el proceso los efectos del acto administrativo desaparece de la vida jurídica de la función administrativa.

⁵² Zaval Egas, Jorge; *Derecho Administrativo, Tomo I*, EDINO, 2005, Guayaquil-Ecuador, pg. 178.

Un tercer elemento diferenciador, muy relacionado al anterior es el de la duración y consumación de los efectos del acto. El acto normativo produce efectos generales de larga duración mientras los efectos del acto administrativo de efectos generales produce consecuencias de amplio alcance en relación a personas indeterminadas, pero que en la ejecución del acto se van determinando, para al finalizar y consumirse el acto, las personas están plenamente determinadas a la vez que el acto se consume. La consumación se da sin declaración previa de la autoridad pública sino que es un hecho que se configura en tanto en cuanto los presupuestos del acto administrativo de efectos generales se materializan y agotan, desapareciendo de la vida jurídica de la función administrativa.

1.4 Control de la legalidad.

Luego de la Revolución Francesa se consideraba una intromisión en las actuaciones de las otras Funciones del Estado el hecho que la Función Judicial pudiese revisar la legalidad de las actuaciones de las Funciones Ejecutiva y Legislativa. Así nació el Consejo de Estado con una capacidad de órgano auxiliar a la Función Ejecutiva para realizar este tipo de control a los actos de la función administrativa, como se consagró en la Constitución Política del Estado Ecuatoriano de 1830, en su Art. 42.

En la evolución del control administrativo, en el Ecuador, se tomó el camino de la corriente anglosajona que se dirigía a que sea el órgano judicial el que en última instancia tenga a cargo este control. De esta forma, aparecen en nuestro sistema judicial los Tribunales de lo Contencioso Administrativos y los Tribunales Fiscales, como órganos encargados del control de la legalidad de los actos de la Administración Pública, que según el Art. 225 de la Constitución de la República comprende los organismos y

dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. El Art. 173 de la Norma Suprema ratifica que los actos administrativos pueden ser impugnados ante los órganos jurisdiccionales.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que está vigente, ha recogido la tesis francesa claramente visible en su Art. 3; dividiendo a las acciones contencioso administrativas en: de plena jurisdicción o subjetiva y la de anulación u objetiva. División que deviene de si es una acción que busca restablecer los derechos subjetivos afectados con el acto administrativo impugnado, en el caso de la acción de plena jurisdicción; o de tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva dando como resultado la nulidad del acto inválido contrario a la norma.

Ya hablamos abundantemente de este tipo de control al hablar del control jurisdiccional de los actos administrativos y analizamos sobre ciertos principios que rigen este tipo de acción judicial dentro de nuestra legislación. En esto punto es necesario profundizar con la revisión de lo preceptuado en el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo vimos antes determina las figuras jurídicas sujetas a esta acción, entre las que se cuentan los actos administrativos en general sin discriminación alguna.

Por lo tanto, es importante delimitar el campo de acción de este tipo de control para encaminar de buena forma una impugnación. El proceso contencioso administrativo está íntimamente ligado a la función jurisdiccional. Su finalidad es realizar el control de la legalidad, de ahí que su funcionalidad desemboca en actuar a petición de parte, sobre el pedido de que el tribunal contencioso administrativo reemplace a la autoridad administrativa, que produjo el acto contrario a la Ley, y emita una resolución apegada a derecho. Esto garantiza la vigencia de la unidad y coherencia normativa. Cabe aclarar

que cuando estas esas incoherencias o incompatibilidades con la normativa afectan un derecho o garantía constitucional, la vía aplicable no solo sería ésta sino más bien la del control abstracto de la constitucionalidad o la vía de las garantías constitucionales (habeas data, protección, habeas corpus, acción de incumplimiento, acceso a la información pública y la extraordinaria de protección), según el caso y buscando la celeridad que dan este tipo de acciones constitucionales. En todo caso, es claro que si la violación solamente se da por una contraposición con una norma no constitucional la única vía de restablecimiento del derecho es la contencioso administrativa. Y una vez determinado que la vía es la contencioso administrativa, caemos en un nuevo problema pues si bien es relativamente fácil determinar si un acto administrativo afecta derechos subjetivos de los administrados y por ende, se debe aplicar el recurso llamado de plena jurisdicción, no es tan fácil determinar cuando estamos frente a un recurso objetivo o de anulación, en donde se busca que se aplique una norma que en el acto administrativo impugnado no se la ha aplicado.

No siendo muy fácil este tipo de discriminación procesal, durante la vigencia del sistema de control de la legalidad de las actuaciones de la función administrativa, la misma Función Jurisdiccional ha realizado, en varias ocasiones, ciertas interpretaciones obligatorias para evitar las confusiones. Así el Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante Resolución publicada en el R.O. N° 722 de 9 de julio de 1991, en donde se indicaba que sobre el acto administrativo de carácter general se puede interponer un recurso objetivo o de anulación, siempre y cuando se pretenda únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva. Esto surgió por cuanto en muchos casos se planteaban recursos objetivos o de anulación cuando en el fondo se buscaba el restablecimiento de un derecho subjetivo o viceversa. Sin embargo, por la falta de compatibilidad de las normas aún no es plenamente claro la aplicabilidad de cada uno de los denominados recursos contencioso-administrativos.

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

Desde la Constitución de 1998, nuestro sistema jurídico ha tomado la posición de otorgar al órgano de control constitucional la posibilidad de revisar actos administrativos que se consideren atentatorios a los derechos y principios consagrados en la Constitución. Con la vigencia de la Constitución de 2008, este fenómeno ha tomado un nuevo matiz, pues si bien antes se requería una legitimación activa (Art. 277 de la Constitución de 1998) para poder acceder a la vía de control constitucional, hoy en cambio, la restricción va por la vía del tipo de acto administrativo impugnado. Así en el Art. 439 de la Constitución de la República en concordancia con el 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecieron la acción popular para plantear acciones de inconstitucionalidad. Por lo tanto, la tendencia hoy apunta a que cualquier persona pueda presentar una acción de inconstitucionalidad, o como la llama nuestra legislación: acción de control abstracto de constitucionalidad, pero esto podría provocar una avalancha de pedidos, como ya ha sucedido. La limitación para acceder a la competencia de la Corte Constitucional se da por la vía del tipo de acto administrativo susceptible de impugnación.

En relación a este punto vemos como el Art. 436 de la Carta Suprema, hace esa discriminación, sobre todo en los numerales 2° y 4°, en donde se especifica la procedencia de la acción constitucional sobre la base de ciertos tipos de actos de la función administrativa.

En primer lugar, se puede plantear acción pública de inconstitucionalidad en contra de los actos de la función administrativa generales o mejor conocidos en la doctrina como

actos normativos. Miremos que en la norma constitucional existe una incoherencia conceptual, pues se habla de “*actos normativos generales*”, figura que es desconocida en la doctrina jurídica del Derecho Administrativo. Se podría pensar que existen actos normativos particulares, lo cual es una paradoja jurídica y convierten al malhadado término constitucional en un término redundante. El acto normativo *per se* es general, está en su propia naturaleza. Por lo tanto, lo correcto era que la norma diga acto normativo o si se quería tomar la tesis de la división del acto administrativo fundado en los destinatarios de los efectos del acto: acto administrativo general o reglamento administrativo, como lo denomina Agustín Gordillo.⁵³

De igual manera, vemos como el Art. 75, numeral 1º de la Ley Orgánicas de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desarrolla lo prescrito en el Art. 436 de la Norma Suprema. Así vemos, como ha corregido la paradoja jurídica de la Constitución puesta al hablar de los actos normativos, pues en el literal d) del numeral 1º, del citado Art. 75, se habla de que para el control abstracto de constitucionalidad de “*actos normativos y administrativos con carácter general*” es competente la Corte Constitucional, sin embargo, por colocar en un mismo numeral y una sola frase a los dos tipos de actos administrativos termina desvirtuando a los actos administrativos de efectos generales, pues los llama “*actos administrativos con carácter general*”, lo cual no solo es un asunto de semántica, sino que lleva a una nueva paradoja jurídica; pues un acto administrativo por definición tiene carácter de individual y por tanto no puede tener “*carácter general*” lo que sí tiene es “*efectos generales*”, que es distinto. Como hemos disertado a lo largo de este trabajo, esta nueva categoría de acto administrativo de efectos generales, incorporado al sistema legal ecuatoriano, tiene vida práctica en tanto en cuanto hoy es susceptible de impugnación constitucional y por tanto, debe ser bien

⁵³ Gordillo, Agustín; ***Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, el acto administrativo***, 9º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Argentina-Buenos Aires, 2007, pg. II-29.

definido y entendido. De ahí, que todos los juristas y la doctrina misma aceptan esta figura como un tipo de acto administrativo con peculiaridades que le distinguen del acto administrativo típico entendido en términos restringidos. El campo de los efectos sobre los destinatarios sobrepasa la individualidad y llega a un grupo de personas indeterminadas. Por esto, es entendible hablar de un acto administrativo “*de efectos generales*” y no simplemente de actos administrativos generales que nos deja en la nueva paradoja jurídica.

Dejando de lado estas incoherencias producto de la falta de técnica jurídica en la redacción por parte del constituyente y del legislador en los textos de la Ley y la Constitución de la República, nos toca determinar elementos diferenciadores de este tipo de actos administrativos. De esta manera, evitaremos confusiones que pueden llevar a presentar ante la Corte Constitucional acciones de inconstitucionalidad no enmarcadas en la *ratio legis* de la norma, como ya ha sucedido. Nos toca poner énfasis en dejar sentados esos elementos que permitan determinar con claridad la figura del acto administrativo con efectos generales.

En segundo lugar, el Art. 436, numeral 4º, de la Constitución de la República, determina que los actos administrativos con efectos generales podrán ser objeto de una acción de inconstitucionalidad para ante la Corte Constitucional.

2.1 Presupuestos de la acción abstracta de inconstitucionalidad

El control abstracto de la constitucionalidad busca la “*unidad y coherencia del ordenamiento jurídico*”. Este tipo de acción está dirigida a mantener un sistema normativo enmarcado dentro de la jerarquización establecida por la Norma Suprema. Además, busca eliminar las incompatibilidades que surjan entre la Constitución de la

República y las demás normas de rango inferior, conforme lo recoge el Art. 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo o instrumento procesal constitucional mediante el cual las personas autorizadas por la Ley pueden plantear su inconformidad respecto a ciertas normas que consideran contrarias a la Norma Suprema, ya sea en la forma como en el fondo. Esta facultad se la plantea ante el órgano determinado por la misma Constitución, que puede ser un órgano, parte de la Función Judicial como por ejemplo en México, o a un organismo independiente creado para esa finalidad: revisar la coherencia de la normativa secundaria con los principios y derechos constitucionales. Ciertamente, si en este segundo caso es un organismo independiente de cualquiera de las Funciones tradicionales del Estado, su función es de orden jurisdiccional pues debe hacer procesos axiológicos de orden jurídico. En la evolución de este organismo, existe un camino de la naturaleza netamente administrativa del órgano de control a un organismo de facultades judiciales.

En la Constitución de 1998, es claro que el llamado Tribunal Constitucional, tenía una naturaleza más administrativa, pues la misma conformación de sus integrantes hace ver que estos eran representantes de ciertas organizaciones sociales y las tres Funciones del Estado (Art. 275 de la Constitución Política del Estado de 1998). A diferencia, de hoy, en que más allá de habersele cambiado de nombre a Corte Constitucional, nacida al amparo de la Constitución de 2008, su función se ha determinado hacia la revisión jurisdiccional. De ahí que el Art. 429 de la Constitución de 2008, diga que la Corte Constitucional administrará justicia.

Existen revisiones preventivas de constitucionalidad, sin embargo, en nuestro sistema normativo solo están previstas para los casos de los tratados internacionales, según lo

estatuído en el Art. 438 numeral 1º de la Constitución de la República. En este tipo de revisión lo que se somete a análisis del órgano de control constitucional es un proyecto de ley u otra norma o, en su defecto, tratados internacionales. El consiguiente efecto en estos casos es la imposibilidad jurídica de aprobar esa norma o acogerse al tratado internacional, según el caso. En este último evento, es posible que en tratándose de tratados internacionales en los que no todo el marco normativo es contrario a la Constitución, se pueda acoger al tratado con las respectivas reservas sobre los aspectos que vulneran la Norma Suprema.

Entendida la definición de lo que es una acción abstracta de constitucionalidad, podemos determinar sus características⁵⁴:

- 2.1.1 Es un mecanismo procesal, es decir determina el procedimiento a seguirse cuando se presenta ante el órgano de control constitucional una demanda por una norma o acto administrativo supuestamente contrarios a la Constitución. La presentación de la demanda da inicio a una actividad jurisdiccional que busca resolver una disputa de orden constitucional.
- 2.1.2 Procedimiento de rango constitucional, pues su existencia se sustenta en la previsión de su vigencia en la Constitución.
- 2.1.3 Legitimación activa, es la capacidad otorgada por la norma para que quien presenta la acción esté habilitado para hacerlo. En este tipo de acción es característico este elemento, toda vez, que existen posiciones doctrinarias totalmente opuestas que van desde la restricción para presentar una acción de

⁵⁴ Brage Camazano, Joaquín; ***La acción abstracta de inconstitucionalidad***, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, 2005, México, pgs. 1 a 6.

constitucionalidad a órganos o cuerpos colegiados plenamente determinados en la Ley o la misma Constitución. Generalmente, son órganos representativos del Estado. Este tipo de legitimación vemos en las legislaciones europeas, influenciadas por la doctrina de Kelsen, como la italiana o la española sobre ésta última hicimos alguna mención en la primera parte de este trabajo. En el otro extremo estas las posiciones que plantean las denominadas “*acciones populares*”, porque se otorga facultad a cualquier persona sin restricciones para presentar este tipo de acciones, tengan o no interés personal. Nuestra evolución constitucional nos ha llevado del un extremo al otro, pasando por una legitimación calificada por un órgano del Estado, en la Constitución de 1998. En América Latina han tenido asidero este tipo de legitimación. Para finalmente llegar en la actual Constitución de 2008, se ha recogido la acción popular, que también fue recogida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- 2.1.4 La legitimación pasiva, en cambio, tiene que ver con el órgano productor de la norma que se considera contraria a la Constitución.
- 2.1.5 Es un juicio normativo y abstracto por cuanto establece una ponderación entre dos normas jurídicas, una de las cuales siempre es la Constitución y otra una de rango inferior. El análisis realizado por el órgano de control constitucional no se hace sobre la base de una situación concreta y particular, sino más bien dentro de la generalidad de la norma por lo que lleva a producir un efecto *erga omnes*, una vez que se pronuncia su resolución, a la vez que retira del ordenamiento jurídico la norma impugnada y calificada como contraria a la Constitución. Por el contrario si es desechada la acción se ratifica la validación constitucional de la norma.

2.1.6 El objeto de la acción es la norma impugnada que siempre tendrá referencia a una inobservancia a la Constitución.

2.2 Efectos

Al hablar de la acción abstracta de constitucionalidad debemos mirar sus efectos en dos momentos del proceso:

2.2.1 **Presentación de la demanda.**- No vamos a entrar a la discusión doctrinaria, sin efectos prácticos, de si esta es una acción jurisdiccional o se trata de un recurso procesal⁵⁵. Para nosotros es claro que se trata de una acción jurisdiccional toda vez que uno de los efectos de la presentación de la demanda es dar inicio a un procedimiento de revisión jurisdiccional. En otras palabras, la presentación de la demanda tiene como primer efecto dar origen a un proceso de revisión constitucional. Es más clara esta posición cuando el órgano que realiza dicha revisión tiene facultades jurisdiccionales, tal es el caso de nuestra actual Corte Constitucional.

2.2.1.1 Por lo tanto, la acción abstracta de inconstitucionalidad abre la puerta para que funcione el proceso revisor por parte del órgano de control constitucional. Tiene un efecto provocador de la jurisdicción; pues no existe una resolución anterior que se impugna. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 75, numeral 1º, recoge esta tesis denominándolas: acciones de inconstitucionalidad, a aquellas que siendo

⁵⁵ Brage Camazano, Joaquín; *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, 2005, México, pg. 98.

control abstracto se siguen contra otras normas infraconstitucionales.

2.2.1.2 No existe suspensión de los efectos del acto o norma impugnados mediante esta acción de control constitucional. Sin embargo, tampoco hay prohibición para que, de existir peligros inminentes o daños graves que se puedan causar con la vigencia del acto o norma supuestamente inconstitucional, el accionante pueda solicitar medidas cautelares pero a través de una de las acciones comprendidas como garantías jurisdiccionales, establecidas en la Constitución de la República, en especial a lo preceptuado en el Art. 87.

2.2.2 **Sentencia constitucional.**- Al final del proceso revisor constitucional, la Corte Constitucional debe emitir una resolución que tiene el carácter de sentencia, la cual es la elaboración de la síntesis de la pretensión, las alegaciones del legitimado pasivo y, lo más importante, los principios, derechos y garantías constitucionales.

2.2.2.1 El primer efecto, como el de toda sentencia es su calidad de cosa juzgada (*res iudicata*) que consiste en el hecho de que ella no puede ser impugnada ni revisada por otro organismo judicial o administrativo. Es inamovible.

2.2.2.2 Por otro lado, toda sentencia constitucional producto de una acción abstracta tendrá efectos *erga omnes*, es decir goza de generalidad y de observancia por parte de todos.

2.2.2.3 Según el Art. 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la sentencia tiene ciertos efectos en el tiempo. En este sentido lo primero que debemos indicar es que toda sentencia constitucional tiene efectos

ex nunc. Los efectos de la sentencia no pueden retrotraerse al momento del nacimiento de la norma o acto invalidado. Sin embargo, la misma norma mencionada establece que de manera excepcional se pueden retrotraer los efectos de la sentencia constitucional, pero en estos casos deben existir ciertos presupuestos: a) Sea necesario preservar la fuerza normativa y mantener la superioridad de la norma constitucional; b) Para la plena vigencia de los derechos constitucionales y c) No afecte a la seguridad jurídica y el interés general. Estos tres elementos deben darse simultánea y conjuntamente para que la sentencia constitucional se dicte con efectos retroactivos.

3 Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Tomando en cuenta que la figura del acto administrativo de efectos generales es nueva en nuestra legislación, parece importante tomar como punto de partida a través del Derecho Comparado la categorización que sobre el mismo hacen otras legislaciones. En la legislación venezolana es donde aparece con mayor abundancia la referencia a este tipo de actos. Además debemos recordar que existe gran coincidencia en la normativa constitucional de Ecuador y Venezuela toda vez que sus Constituciones tuvieron raíz doctrinaria común. Sin embargo, también existe referencia a este tipo de actos en la legislación colombiana.

Dentro de la gestión administrativa colombiana podemos ver que la Alcaldía de Santa Fé de Bogotá, emitió un decreto en el siguiente texto:

“EL ALCALDE MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTÁ, D.C.
En uso de sus facultades legales y en especial de las que le confieren los artículos 38, numeral
4º del Decreto 1421 y 384 del Acuerdo 6 de 1990.
DECRETA:

ARTICULO 1.- *Se asigna el tratamiento de Conservación Arquitectónica a los inmuebles que figuran en el anexo No. 1, el cual hace parte integral del presente Decreto.*

PARAGRAFO.- *Los inmuebles incluyen las edificaciones y los lotes de los cuales forman parte.*

ARTICULO 2.- *Las solicitudes de licencias o permisos de que trata el Decreto 600 de 1993, sobre los inmuebles anteriormente relacionados, que se encuentren en curso a la fecha de la publicación del presente Decreto, se decidirán con base en las normas vigentes para el Tratamiento de Conservación Arquitectónica.*

ARTÍCULO 3.- *Si por una inminente amenaza de ruina un inmueble de Conservación Arquitectónica debe demolerse, se aplicarán también las sanciones a que hace referencia el artículo 65 del presente decreto. Lo anterior por cuanto es obligación de los propietarios y poseedores de dichos inmuebles el mantenerlos en buena estado y realizar obras tendientes a su preservación, conservación y mantenimiento.*

ARTICULO 4.- *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

Dado en Santafé de Bogotá D.C. a los 31 de Octubre de 1994

PUBLÍQUESE Y CUMPLASE⁵⁶

Dicho acto administrativo fue impugnado ante el Consejo de Estado, que es según la Constitución vigente en aquella época, el órgano que hace la revisión de actos administrativos. La Sala de lo Contencioso Administrativo manifiesta respecto al acto administrativo citado, que:

“El acto acusado, en cuanto contiene decisiones con efectos particulares y generales, a la vez, resulta ser un acto administrativo mixto, según lo ha reconocido la Sala en providencias anteriores.

También ha expresado la Sala que este tipo de actos, en cada una de las disposiciones de efectos individuales o concreto, viene a constituir "una disposición propia de un acto condición, o dicho de otro modo, legal y reglamentario, en tanto coloca o inserta a cada uno de los inmuebles por ellos relacionados en el régimen

⁵⁶ Fallo 3443, de 1999, Consejo de Estado, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10778>, revisado 5 de febrero de 2011.

*general contenido en los mencionados decretos, del cual, por lo tanto, pueden ser excluidos en cualquier época".*⁵⁷

De este simple análisis podemos concluir algunos aspectos importantes que nos permitirán clarificar la naturaleza jurídica de los actos administrativos de efectos generales. En primer lugar, es claro que el acto administrativo citado y emitido por la Alcaldía de Bogotá, tenía efectos, en cuanto a sus destinatarios, especiales difíciles de clasificarlos inequívocamente como acto de efectos particulares o generales. El acto estaba dirigido a un grupo de destinatarios, que eran indeterminados, pues no estaban especificados los dueños de los bienes inmuebles afectados por la orden de autoridad; por este motivo es que la Sala del Consejo de Estado, manifiesta que el acto “*contiene decisiones con efectos particulares y generales*”. Este tipo de actos los han denominado actos mixtos, muy abundantes en este tipo de actividad administrativa. La jurisprudencia colombiana ha optado por otorgar capacidad de revisión, según el tipo de pedido planteado por la parte actora, pues si el pedido se circunscribe al efecto particular se le dará tratamiento procesal de este tipo y caso contrario, si el pedido comprende el efecto general derivado del acto, será susceptible de que se declare la nulidad del acto, por tratarse de un acto normativo de efectos generales.⁵⁸ En la actualidad, esta figura empieza a tener preponderancia, sobre todo en América Latina, y sus legislaciones que han caminado por la tendencia de crear organismos especializados y autónomos para el control constitucional (Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales).

De igual manera, podemos analizar en la legislación venezolana en donde es más abundante y similar tratamiento al sistema ecuatoriano. El Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que tiene entre sus atribuciones conocer los

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ http://www.cartagena.gov.co/Secplaneacion/Documentos/Actos_mixtos_Uso_del_Suelo.pdf

recursos contenciosos administrativos de nulidad, al hablar de los actos administrativos de efectos generales manifiesta:

“Sobre este particular la doctrina ha establecido que los actos administrativos de efectos generales son actos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables, siendo contrarios a éstos, los actos de efectos particulares, y cuyo destinatario es un sujeto de derecho (acto individual) o una pluralidad de ellos, pero determinados o determinables (acto general). Esta distinción fue acogida por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en su artículo 72.

Con respecto al carácter normativo de los actos administrativos, resulta ilustrativo citar lo expresado por la Doctora Hildegard Rondón de Sansó, en su libro “La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos”, en el cual dispuso:

“La simple generalidad del acto, esto es, el estar destinado a un conjunto indeterminado de sujetos no es lo que le otorga por sí solo la normatividad, el carácter abstracto, esto es, su objetivo de regular una situación hipotética prevista en los lineamientos del supuesto que le da tipicidad, ha sido considerado como el elemento característico de la normatividad, del cual arranca un efecto determinante como lo es el de ser aplicable a los mismos supuestos de hecho cada vez que se planteen. En una palabra, el acto general normativo si prevé un supuesto hipotético en el cual se subsuman teóricamente en forma cuantitativamente indeterminable las situaciones jurídicas de los sujetos del ordenamiento, por lo cual no se agota en una sola aplicación, sino que es susceptible de todas las que deriven de la producción del supuesto fáctico”. (Vid. Hildegard Rondón de Sansón, “La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos”, Editorial Arte, Caracas, 1994, pp.226 y 227).”⁵⁹

Aquí en cambio, vemos como se pone énfasis en la categorización del acto administrativo de efectos generales a su calidad de ser abstracto y se menciona que se caracteriza por dirigirse a personas indeterminadas e indeterminables, sin embargo, debemos hacer caer en cuenta que si bien al momento de nacer un acto administrativo de efectos generales sus destinatarios no son determinados ni determinables, pero cuando se ha ejecutado el mismo los destinatarios se van determinando pues cuando el acto desaparece del derecho objetivo ha involucrado a personas determinadas. El ejemplo

⁵⁹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela; Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente: AP42-O-2003-003026, de 4 de noviembre de 2004.

claro de esto se da cuando se promueve un concurso público para llenar una vacante de un servidor público. Al ser expedido el acto administrativo de efectos generales, se sabe a quienes está dirigido pero no están determinadas las personas, pero al momento que los interesados que reúnan los requisitos exigidos para el puesto se presentan los destinatarios del acto administrativo se convierten en personas determinadas.

Estos breves análisis nos ayudarán a definir los límites que circunscriben a esta figura jurídica tan especial.

Como vemos existe una diversidad de caracterizaciones para este tipo de actos administrativos. En el caso ecuatoriano, muy poco se ha hablado de esta figura con anterioridad, pero hoy está tomando auge por lo expresado a lo largo de este trabajo.

Teniendo claro que el sistema actual ha dejado de lado la segregación del acto a ser analizado por el órgano de control constitucional desde la legitimación activa hacia el tipo de acto administrativo; pues ahora en la Constitución de 2008, se ha incorporado la acción popular para presentar acciones de inconstitucionalidad, con lo que se deja de lado la legitimación activa. Mas en aras de evitar una indiscriminada proliferación de acciones de inconstitucionalidad el constituyente ha optado por permitir el acceso, a esta clase de acción, a cierto tipo de actos administrativos. De plano los actos administrativos de efectos particulares no son susceptibles de impugnarse ante la Corte Constitucional. Para ello están los jueces de lo Contencioso Administrativo y las garantías jurisdiccionales consagradas en la Constitución. La Corte Constitucional ha hecho una clara determinación al respecto, así vemos:

“CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERIODO DE TRANSICION.- SALA DE ADMISION.- Quito D. M., 25 de marzo de 2010, las 09H37. Vistos.- De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art.197 y la

Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 127 de 10 de febrero de 2010 y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión de ordinaria de 18 de marzo de 2010, la Sala de Admisión conformada por el Dr. Patricio Pazmiño Freire en calidad de Presidente, Dr. Manuel Viteri Olvera y Dr. Patricio Herrera Betancourt, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la causa., jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la causa No. 0004-09-IA, demanda de inconstitucionalidad presentada por el ex Policía Edison Enrique Salas Mora, en contra de " ... la sentencia del Tribunal de Disciplina, en la orden general de la Policía Nacional No. 200, de fecha 17 de octubre del 2000 y ratificada por el Comandante General de la Policía Nacional.." (sic), que le ocasionaron la separación del servicio activo. En lo principal, se considera: PRIMERO.- El Secretario General de la Corte, ha certificado que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto y objeto; sin embargo deja constancia que esta acción tiene relación con la causa No. 0040-08-AA.; SEGUNDO.- El Art. 436 de la Constitución de la República establece que la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: "4. 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" (lo resaltado no es del texto). Del análisis de la demanda, la Sala concluye sin mayor esfuerzo que, por la presente se demanda la inconstitucionalidad de un acto administrativo con efectos particulares que afectan única y exclusivamente al accionante, no siendo de competencia de esta Corte conocer y resolver este tipo de reclamaciones. Por lo expuesto y sin que sea necesario otras consideraciones de orden legal, en aplicación de lo dispuesto en los artículo 84 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional, esta Sala RECHAZA la acción de inconstitucionalidad No. 0004-09-IA.- NOTIFÍQUESE y ARCHÍVESE.-"

La resolución del Tribunal de Disciplina es un acto administrativo de efectos particulares toda vez que no goza de carácter general y abstracto. Su campo de acción son los derechos subjetivos de la persona sancionada y por tanto, no puede ser objeto de una acción abstracta de inconstitucionalidad pues como indicamos este tipo de actos tiene otras acciones para precautelar los derechos subjetivos presuntamente afectados. El acto administrativo impugnado es una sentencia dictada por un Tribunal de Disciplina de la Policía Nacional en contra de un miembro de la Fuerza Policial. Por lo tanto, la Corte Constitucional sin mayor análisis resuelve rechazar la acción abstracta de

inconstitucional en contra de un acto administrativo de efectos generales por cuanto el acto no tiene efectos generales sino tan solo efectos para el miembro de la Policía Nacional sancionado. Esto denota el poco manejo y comprensión de los administrados para diferenciar entre un acto administrativo típico y un acto administrativo de efectos generales.

El 13 de septiembre de 2010, la Corte Constitucional admitió una acción abstracta de inconstitucionalidad planteada contra un acto administrativo de efectos generales, en la causa N° 004-10-IA. El resumen de este proceso de acción de inconstitucional es:

**“SALA DE ADMISIÓN
RESUMEN CAUSA No. 0004-10-IA
(Admitida a trámite)**

De acuerdo con lo ordenado por la Sala de Admisión mediante Auto de fecha 13 de Septiembre de 2010 a las 17h41 y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80, numeral 2, literal e), de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009, se pone en conocimiento del público lo siguiente:

***CAUSA No. 0004-10-IA**, Acción de Inconstitucionalidad por el fondo y la forma de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo Ministerial No. 446 de 12 de diciembre de 2007 y Oficio Circular No. 117 de 20 de diciembre de 2009, expedidos por el señor Ministro de Educación, los que se derivan del Decreto Ejecutivo No. 708, publicado en el Registro Oficial No. 211 de 14 de noviembre de 2007, el mismo que reformó el Reglamento General a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, específicamente en lo relativo al Art. 10 Y Disposición Transitoria Primera del mencionado Decreto Ejecutivo. Los actos administrativos impugnados se refieren, el primero a "LA NORMATIVA DE LOS CONCURSOS DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN PARA LA DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PÚBLICOS DE TODOS LOS NIVELES Y MODALIDADES", Y el segundo que "norma los procedimientos para la designación de representantes de padres de familia, estudiantes y docentes para la conformación del jurado calificador para los concursos de Méritos y Oposición para la designación de Autoridades de los establecimientos Educativos públicos de todos los niveles y modalidades del País".*

LEGITIMADO ACTIVO: *Licenciado Libio Tuesman Luna Rodríguez, doctor Oswaldo Arturo Aguilera Ortiz, ingeniero Robert Antonio Macías Villón y, licenciada Jacoba Balvina Barba Rojas, por sus propios derechos.*

CASILLA JUDICIAL: No. 4105 (Quito).

LEGITIMADOS PASIVOS: *Ministro de Educación y, Procurador General del Estado.*

NORMAS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADAS:
Artículos 147; 228; 229; 349; 424;.y, 425 de la Constitución de la República.

PRETENSIÓN JURÍDICA:

Que se declare la inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales emitidos por el Ministro de Educación Ledo, Raúl Vallejo Coral, que "derivan del Decreto Ejecutivo No. 708, publicado en el Registro Oficial No. 211 del 14 de noviembre del 2007, emitido por el Presidente de la República, Eco. Rafael Correa Delgado (...) especialmente el Art. 10 y Disposición Transitoria Primera del Acto Normativo ibídem", solicitan además "la suspensión inmediata de las normas impugnadas: Acuerdo Ministerial No. 446 de 12 de diciembre del 2007 y Oficio Circular No. 117 del 20 de Diciembre del 2009 ':

*De conformidad con lo dispuesto por la Sala de Admisión, publíquese este resumen de la demanda en el Registro Oficial y en el Portal Electrónico de la Corte Constitucional. **LO CERTIFICO.**-Quito, D.M., 21 de Septiembre de 2010.-Las 16h30."*

En este resumen de admisión de la acción de inconstitucionalidad podemos notar que se impugnan los actos derivados de un Decreto Ejecutivo que se refiere a la normativa de un concurso de méritos y oposición para la designación de autoridades de establecimientos educativos. Es decir, se ha admitido la acción en tanto en cuanto es un acto dirigido a personas indeterminadas. Además debemos diferenciar entre el Decreto Ejecutivo, que es un acto normativo pues se incorpora al derecho objetivo, de los actos producidos al amparo de este Decreto, los cuales son actos administrativos de efectos generales por cuanto se mantienen en el sistema normativo jurídico hasta que se agoten los concursos para la designación de las autoridades de las instituciones educativas; en otras palabras hasta que las personas indeterminadas de dichos actos administrativas se vayan determinando, a la vez que el acto administrativo sale de la normatividad jurídica.

Otro ejemplo de una errónea interposición de una acción de inconstitucionalidad en contra de un supuesto acto administrativo de efectos generales, la tenemos en la causa 0005-10-IA:

“CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN.-SALA DE ADMISIÓN.-Quito D. M., 18 de agosto de 2010, las 15H15-Vistos.-De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art. 197 Y las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 de 22 de octubre de 2009, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 127 de 10 de febrero de 2010 y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria de 18 de mayo de 2010, la Sala de Admisión conformada por los doctores: Manuel Viteri Olvera, Alfonso Luz Yunes y Patricio Herrera Betancourt, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la causa No. 0005-10-IA acción de inconstitucionalidad presentada por ABDALÁ JAIME BUCARAM PULLEY mediante la cual solicita que la Corte Constitucional mediante sentencia declare la inconstitucional del oficio No. PAN-FC-253, dictado por Fernando Cordero Cueva, Presidente de la Asamblea Nacional, por cuanto, a criterio del accionante viola los Arts. 82, 76, 120.6, 226, 425 de la Constitución de la República. Al respecto esta Sala realiza las siguientes consideraciones: PRIMERO.-En virtud de lo establecido en el Art. 17 Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el Secretario General ha certificado que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción; SEGUNDO.-El Art. 436 numeral 4 de la Constitución de la República señala que es competencia de la Corte Constitucional, conocer y resolver, a petición de parte la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. TERCERO.-El artículo 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y siguientes establece los requisitos y el trámite que debe darse a la demanda de acción de inconstitucionalidad. CUARTO.-Esta Sala repara que la Constitución de la República determina claramente que la Corte Constitucional es competente para conocer la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales, determinándose en lo principal que la presente acción no obedece a dicha naturaleza, si bien es cierto que se trata de un oficio No. PAN-FC-253 dictado por Fernando Cordero Cueva, Presidente de la Asamblea Nacional, como respuesta a lo solicitado por la Presidenta de la Comisión de Fiscalización y Control Político, también es cierto que sus efectos no alcanzan la categoría de general; a la Corte Constitucional no le compete conocer actos administrativos con efectos particulares. Por lo expuesto, y de conformidad con el artículo 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, esta Sala considera que es improcedente la pretensión jurídica de la demanda, por tanto, se INADMITE la causa N° 0005-10-IA y se dispone su archivo.- NOTIFÍQUESE.-“

Es claro que nuevamente el accionante no identifica correctamente el acto administrativo para catalogarlo como de efectos generales. En primer lugar, el acto impugnado es un oficio emitido por el Presidente de la Asamblea Nacional cuyos efectos no alcanzan a ser “*generales*” como lo menciona la propia providencia, sino más bien es de efectos particulares. La Corte Constitucional es clara al determinar el límite de los efectos del acto administrativo impugnado, con lo que concluye que la acción no puede progresar al carecer de la cualidad de ser dirigido a un grupo indeterminado de personas.

Pero una sentencia muy importante de analizar para nuestro trabajo es la que la Corte Constitucional emitió el 23 de julio de 2009, publicada en el suplemento de Registro Oficial N° 644 de 29 de julio de 2009, relativa a la petición de inconstitucionalidad N° 0021-09 IA contra unos oficios emitidos por el Procurador General del Estado, respecto a una consulta formulada por el Contralor General del Estado respecto a si los fondos recursos que maneja la empresa QUIPORT, encargada de los servicios aeroportuarios, son de carácter privado o públicos:

“II. ACTO ADMINISTRATIVO CON EFECTOS GENERALES QUE SE IMPUGNA

Oficios N.O 5569 del 05 de enero y 5929 del 03 de febrero del 2009, contentivos de actos administrativos con efectos generales y vinculantes. El primero resuelve las consultas realizadas por la Contraloría General del Estado que, a continuación, se describen. Mientras que el segundo ratifica la respuesta del primero.

- 1. “¿Los servicios del aeropuerto Mariscal Sucre y del nuevo aeropuerto de Quito, concesionados por el Distrito Metropolitano de Quito a la Corporación QUIPORT son públicos?”*
- 2. “¿Los recursos que recibe QUIPORT por concepto de tasas como se denominan en el contrato, son públicos o privados?”⁶⁰*

⁶⁰ Corte Constitucional; Sentencia dentro de la causa N° 0021-09-IA, pg. 2.

Del texto transcrito, vemos que los oficios impugnados contienen la absolución de una consulta de una autoridad pública. El Art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, establece esta facultad del Procurador General del Estado como un pronunciamiento ante la petición de la máxima autoridad de la entidad pública. El efecto del acto administrativo es su calidad de obligatorio y vinculante para la autoridad que solicitó la consulta. Por lo tanto, el pronunciamiento incide en la función administrativa del consultante; pero, directamente no produce efectos sobre un grupo indeterminado de personas sino únicamente sobre una persona que es la institución pública consultante. Sin embargo, es claro que por el carácter de vinculante el acto administrativo del Procurador General del Estado, incidirá en el quehacer administrativo llegando a los administrados en términos generales de una manera indirecta, momento en el que se dirige a una pluralidad de personas indeterminadas que van determinándose con posterioridad. Este criterio, es el que ha llevado a la Corte Constitucional a considerar a los actos de absolución de consultas emitidas por el Procurador General del Estado como actos de efectos generales, como veremos más adelante. Desde mi punto de vista este tipo de actos son actos normativos y por tanto sujetos a una acción abstracta de inconstitucionalidad, de acuerdo al Art. 75, numeral 1º, literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como lo planteó en los argumentos jurídicos de la demanda de la acción pública de inconstitucionalidad el Procurador General del Estado, pues hay una creación de derecho objetivo que debe observar la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones. La resolución que analizamos recogió dos tipos acciones abstractas de inconstitucionalidad: en contra de actos normativos y contra actos administrativos de efectos generales. Este criterio se fortalece, si analizamos la capacidad de introducirse el acto administrativo de absolución de consulta, en el derecho objetivo de la actuación de la entidad pública consultante, toda vez que será observada siempre que se den las situaciones abstractas sometidas a consulta, este

criterio es ratificado por la misma Corte Constitucional en esta resolución analizada, cuando dice:

1. “Cuestión previa: Sobre la Naturaleza Jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, ya se ha pronunciado extensamente respecto a la naturaleza de los pronunciamientos del Procurador General del Estado. En ese sentido, se recomienda referirse a la sentencia N.O 002-09-SAN-CC, misma que, en lo principal, determina que los dictámenes emitidos por el Señor Procurador General del Estado, forman parte del Derecho objetivo, principalmente por el carácter vinculante de sus pronunciamientos. En ese sentido se dijo:....”⁶¹

Son fundamentales, para comprender este razonamiento, las exposiciones que hace la Corte Constitucional al recoger criterios de juristas y fundamentar su tesis respecto al carácter creador de derecho objetivo de los pronunciamientos del Procurador General del Estado.

Con anterioridad, el precedente Tribunal Constitucional, determinó que el dictamen del Procurador General del Estado no es un acto administrativo dentro de los parámetros determinados por el Derecho Administrativo, pues no causa efectos particulares, que es uno de los elementos fundamentales del acto administrativo típico. Pero la Corte Constitucional ha recogido la tesis española referente a que la característica de normativo de un acto administrativo se sustenta en su capacidad de producir derecho objetivo. Pero desde mi punto de vista, esta cualidad de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, por sí sola no hace que se convierta en acto administrativo de efectos generales, como termina deduciendo la Corte Constitucional, pues ella misma indica que el pronunciamiento del Procurador General del Estado se

⁶¹ Corte Constitucional; Sentencia dentro de la causa N° 0021-09-IA, pg. 18

incorpora al derecho objetivo, por lo que pasaría a ser un acto normativo y no acto administrativo de efectos generales; pues para definir con claridad a este tipo de actos administrativos, es necesario que también se vea a los destinatarios del mismo y su permanencia en la normativa jurídica. El acto administrativo tiene destinatarios indeterminados que se van determinando conforme al acto va ejecutando, que es otra característica hemos visto es consustancial al acto administrativo de efectos generales. Por lo tanto, los pronunciamientos del Procurador General del Estado son actos de naturaleza sui generis que se incorpora al derecho objetivo y por tanto, permanece sin consumirse. Es decir, se convierte en derecho objetivo y lo más importante, para afianzar el criterio que estamos frente a un acto normativo es que este acto no goza de la característica de consunción, que es determinante para los actos administrativos de efectos generales.

Otro caso particular para ser analizado, es aquel mediante el que la Corte Constitucional, admite a revisión en acción abstracta de inconstitucionalidad contra un acto administrativo de efectos generales a una resolución del Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), dentro de la causa N° 024-09-IA, el 22 de abril de 2010; en donde esta resolución del ISSPOL, es catalogada como acto administrativo de efectos generales. Sin embargo, hay que hacer algunas puntualizaciones para determinar que este tipo de acto administrativo no reúne todos los elementos para ser considerado como acto administrativo de efectos generales. Si bien es un acto dirigido a personas indeterminadas, no vemos que el mismo se agote una vez cumplido, pues más bien parece que pasa a ser parte del derecho objetivo y por tanto más bien goza de la característica de generalidad e incluso de abstracción; en tanto en cuanto está regulando situaciones hipotéticas generales. El acto se incorpora al derecho objetivo y no saldrá o se extinguirá sino por efecto de la función administrativa de orden normativo o por el efecto del pronunciamiento del máximo órgano de revisión constitucional. En

consecuencia, este tipo de acto no debía ser aceptado como acto administrativo de efectos generales sino más bien como acto normativo.

La causa N° 030-09-IA, de la Corte Constitucional, es un claro ejemplo de un acto administrativo de efectos generales:

*“..avocan conocimiento de la causa N° 0030-09-IA, Acción de inconstitucionalidad, presentada por el Doctor **LENÍN RAÚL GARCÍA RUIZ**, mediante la cual se solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución adoptada el 11 de diciembre de 2008, por el pleno del Consejo de la Judicatura y aprobada el 15 del mismo mes y año, en la que se establece que “para la designación de jueces suplentes se tome un examen de conocimientos y se publique por la prensa la lista de candidatos idóneos, para las impugnaciones respectivas, igual al procedimiento que se aplica para los jueces titulares; y se designe a la persona con mejor puntaje”, incumpliendo.....En lo principal, se considera, **Primero**.- El Art. 436 numeral 4 de la Constitución establece que es competencia de la Corte Constitucional, conocer y resolver a petición de parte la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.”⁶²*

Aquí es claro que el acto administrativo impugnado goza de las siguientes características:

1. Tiene como destinatarios a personas indeterminadas, pero que si se hubiese ejecutado el acto, las personas se irían determinando. En otras palabras, mientras está vigente el acto administrativo las personas no se determinan, pero cuando concluye el proceso habrán sido determinadas.
2. Hay incorporación efímera al derecho objetivo toda vez que no goza de la abstracción, y tampoco de la generalidad que le convierten en una norma de

⁶² Corte Constitucional para el Período de Transición; Sala de Admisión, providencia de 5 de octubre de 2008, causa N° 0030-09-IA.

cumplimiento permanente. Su vigencia depende de que el proceso de selección se cumpla. Podríamos decir, que el acto sí ingresa al ordenamiento jurídico, o en otras palabras al derecho objetivo, pero de manera momentánea. Cumplido el objetivo para el que fue creado desaparece de la vida jurídica y del ordenamiento normativo.

3. Una vez realizado y ejecutado el acto administrativo, este se agota y se extingue sin necesidad de declaración previa, es decir tiene carácter de consumarse luego de su ejecución.

Esto le da la calidad de acto administrativo de efectos generales.

En ocasiones, los accionantes confunden el acto administrativo de efectos generales con actos normativos en casos de estatutos de una persona jurídica. Pero en este evento es claro que las normas estatutarias pasan a integrarse al derecho objetivo y no se agotan una vez cumplido el acto de creación del estatuto, es decir, no cumple los requisitos del acto administrativo de efectos generales: a) Destinatarios indeterminados pero determinables; y b) No desaparece del derecho objetivo una vez cumplido ni tampoco se agota y se extingue.⁶³

Pero un caso particular que demuestra que la misma Corte Constitucional no tiene clara la naturaleza jurídica de los actos administrativos de efectos generales y su dificultad para hacerlo es el que nace de revisar las providencias de admisión de las causas: N° 0022-09-IN de 25 de marzo de 2010 y 0033-09-IA. Las dos causas son acciones de control abstracto de constitucionalidad, la primera es sobre un acto normativo y la

⁶³ Corte Constitucional para el Período de Transición; Sala de Admisión, providencia de 24 de agosto de 2010, causa N° 0032-09-IA.

segunda respecto a un acto administrativo de efectos generales. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que las dos causas tratan sobre el mismo acto administrativo, esto es: la Resolución N° CD 218, emitida el 19 de septiembre de 2008, por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Tomando en cuenta que nuestra legislación sustenta el acceso a la acción abstracta de inconstitucionalidad por el tipo de acto administrativo, es imprescindible su categorización. En estos dos casos es imposible que el mismo acto administrativo tenga la calidad de acto normativo y de acto administrativo de efectos generales. Esto nuevamente, demuestra que existe dificultad por parte de la Corte Constitucional para definir la naturaleza jurídica de los actos administrativos de efectos generales. En este caso es claro que la Resolución del Consejo Directivo del IESS es un acto normativo. Las razones son claras, es un acto que produce efectos generales (*erga omnes*) y se incorpora al derecho objetivo pues prevé situaciones hipotéticas, lo que le da la calidad de ser un acto abstracto que no se agota con su ejecución. Por lo tanto, era improcedente que se admita la acción de inconstitucionalidad en contra de un acto administrativo de efectos generales, la Corte debió inadmitir dicha acción, pero lo que ha hecho la Corte Constitucional, de manera antitécnica, es acumular la causa seguida en contra del acto administrativo con efectos generales en la causa iniciada en contra del acto normativo, al amparo del Art. 82 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esto salva la incoherencia, pero deja ver la dificultad que tiene la Corte Constitucional para delinear y comprender la naturaleza del acto administrativo de efectos generales. Con fines didácticos, transcribimos las dos providencias de admisión en la parte pertinente:

Causa N° 0033-09

*“.....AVOCA conocimiento de la **causa No. 0033-09-IA**, inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales presentada por **BLANCA ROSA RENDÓN BRIONES**, por sus propios derechos, mediante la cual solicita se declare la*

*inconstitucionalidad por el fondo de la resolución No. C.D. 218, emitida el 19 de septiembre de 2008, por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por ser violatoria de los artículos: 38 (derecho de establecer por parte del estado políticas públicas y programas de atención a los adultos mayores), 66.2.4 (derechos a una vida digna e igualdad formal), 326.2 (los derechos laborales son irrenunciables e intangibles) de la Constitución de la República, ya que según la accionante, el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al momento de emitir la resolución "afecta la intangibilidad de la jubilación patronal [..] estaría condenado a una situación de cuasi mendicidad... ". En lo principal, se considera: **PRIMERO**.- El Art. 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala: "La demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente" **SEGUNDO**.- El Art. 436 de la Constitución de la República dice que la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: "4. 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" (lo resaltado no es del texto)....."⁶⁴*

Causa N° 0022-09-IN

*".....**AVOCA** conocimiento de la causa., jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia **AVOCA** conocimiento de la **causa No. 0022-09-IN, demanda de inconstitucionalidad** presentada por **Hernán Eduardo Herrera Zabala**, procurador común de un grupo de ex trabajadores y jubilados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS, en contra de la Resolución No. C.D. 218 de 19 de septiembre de 2008, dictada por el Consejo Directivo del IESS, por considerar que contraviene lo preceptuado en los Arts. 3, 11.8.9, 76.1, 82, 83, 85, 424 y 426 de la Constitución de la República En lo principal, se considera: **PRIMERO**.- El Secretario General de la Corte, ha certificado que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto y objeto. **SEGUNDO**.- La Segunda Disposición Transitoria de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su segundo inciso señala que: "Los procesos de control abstracto de constitucionalidad que se hubieren presentado para conocimiento de la Corte Constitucional para el período de transición y en los cuales no exista auto de admisión, se registrarán por las normas de procedimiento establecidas en esta Ley". **TERCERO**.- El Art. 436 numeral 2 de la Constitución de la República determina como competencia de la Corte Constitucional: "Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo*

⁶⁴ Corte Constitucional para el Período de Transición; Sala de Admisión, providencia de 7 de abril de 2010, causa N° 0033-09-IA.

*impugnado", en concordancia con los Arts. 75 y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional....."*⁶⁵

Como hemos visto este tipo de actos administrativos son muy diversos. Como otros ejemplos de ellos tenemos en las actuaciones administrativas de gobiernos autónomos descentralizados que gozan de autonomía política y administrativa. Así por ejemplo, las ordenanzas que emiten los gobiernos municipales dirigidos a un grupo de personas como cuando se pide que todos los que tengan propiedades en las zonas históricamente protegidas no pueden realizar obras arquitectónicas que vayan en contra de la estructura arquitectónica de valor histórico. En este caso este tipo de acto administrativo está dirigido solo a un grupo de personas, que son aquellas que tienen propiedades en la zona protegida, las cuales son indeterminadas pues no se conoce quienes son al momento de la emisión del acto administrativo, sin embargo, son determinables.

4 Conclusiones.

Realizado un breve recorrido doctrinario y jurisprudencial de esta figura jurídica tan disímil, llamada acto administrativo de efectos generales, no deja de ser una labor compleja el desentrañar la naturaleza de esta novel institución recogida en la actual Constitución de la República del Ecuador. Ya hemos visto que la misma Corte Constitucional no ha podido catalogar con precisión a este tipo de acto administrativo.

Lo primero que debemos puntualizar es que el control constitucional se activa una vez que existen: enmiendas, reformas constitucionales, resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales, leyes, decretos leyes de urgencia económica, demás normas con fuerza de ley y actos administrativos de efectos generales y los actos normativos que

⁶⁵ Corte Constitucional para el Período de Transición; Sala de Admisión, providencia de 25 de marzo de 2010, causa N° 0022-09-IN.

tienen incompatibilidades normativas, conforme a lo prescrito en el Art. 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El control abstracto de constitucionalidad se ejerce contra los actos producidos por la función administrativa que se encuentren en total contradicción constitucional o inobserven los derechos consagrados en la Constitución de la República. En cambio, si la contradicción se da con una ley u otra norma de rango inferior debe acudir al juez de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, lo fundamental en la acción abstracta de inconstitucionalidad es que la antinomia se dé entre la norma o acto administrativo impugnado y un derecho o principio consagrado en la Constitución. Esta facultad de los administrados es efecto del principio de la tutela efectiva, tanto judicial como administrativa, consagrada en el Art. 75 de la Constitución de la República, cuya finalidad es amparar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El control de la constitucionalidad en nuestro sistema está encargado a toda persona, pues se ha incorporado la acción popular, según lo preceptuado en el Art. 439 de la Constitución de la República. Además, el filtro que permite el acceso a una acción de inconstitucionalidad de entre ciertos tipos de actos administrativos, es el tipo de acto impugnado; dejando de lado el sistema de la legitimación activa existente en la Constitución de 1998, conforme lo estipulaba en su Art. 277. Por lo tanto, hoy es indispensable poner especial cuidado en la categorización del acto de la función administrativa que será sometido al control de la constitucionalidad.

La distinción de un acto administrativo permitirá el acceso al control de la constitucionalidad, dentro de todos esos actos tal vez el más complejo de definir es el acto administrativo de efectos generales. De ahí, que el propósito de este trabajo tiene como fin definir las líneas maestras que nos permitan determinar los elementos

caracterizadores que nos hagan concluir que nos encontramos frente a un acto administrativo de efectos generales, nuevo en nuestra normativa constitucional.

Esta clase de actos administrativos, gozan de las características generales de todo acto administrativo. Tendrán los elementos objetivos y subjetivos esenciales. Será un resultado de la función administrativa y por tanto tendrá como sujeto activo a una institución del sector público o en términos generales a la Administración Pública, el cual tendrá competencia y la investidura para emitir ese acto amparado por una norma jurídica. De igual manera, tendrá como destinatario de sus efectos a los administrados o ciudadanos, los cuales son los sujetos pasivos, receptores de dichos efectos jurídicos.

También debe contener los elementos objetivos de todo acto administrativo, esto es, los presupuestos de hecho, el fin, la causa y la motivación. Así mismo, deberá contar con los elementos formales que permitan cumplir el procedimiento de formación del acto.

Respecto a los efectos de este tipo de actos, es el punto de partida de la determinación de las diferencias. En general, se habla de la existencia de dos tipos de actos administrativos según los destinatarios del mismo: los actos administrativos, entendido en sentido restringido, y los actos normativos. La diferencia doctrinaria común es que los segundos se dirigen a personas indeterminadas y con cualidad *erga omnes*; mientras los primeros tienen un solo destinatario es decir tiene efectos particulares para un solo caso en concreto. Frente a esta dicotomía, la doctrina habla de actos administrativos que tiene características de los dos tipos. Por un lado, existen actos administrativos que producen efectos jurídicos en un grupo de personas indeterminadas, pero que conforme se va ejecutando se van determinando, y así al momento de cumplir el objetivo para el que nació los destinatarios se han determinado. Cabe aclarar, que si el acto administrativo no se ejecuta, jamás van a determinarse los destinatarios. Pongamos

como ejemplo un acto administrativo mediante el que se realiza un concurso para cubrir una vacante pero que no se presentan postulantes, los destinatarios no se han podido determinar por causas ajenas al acto en sí mismo.

Otro aspecto, y tal vez el más importante a ser considerado, es que esta clase de actos administrativos se consumen inmediatamente de que han cumplido su objetivo. Al nacer se incorporan al ordenamiento objetivo pero de forma efímera, en tanto en cuanto permiten la ejecución del acto administrativo de efectos generales. La consunción es una característica esencial de este tipo de actos. El momento en que el acto ha cumplido su objetivo no solo se consume sino que deja de existir en el ordenamiento jurídico.

En términos prácticos, la posibilidad de control constitucional de este tipo de actos administrativos llamados de efectos generales se convierte en inaccesible por razones de orden logístico. Siendo la Corte Constitucional un organismo centralizado ajeno a la Función Judicial, su acceso es difícil para quienes están geográficamente fuera de la sede del organismo. Por lo tanto, se vuelve un atentado al principio de la tutela judicial efectiva que comprende un derecho fundamental de los ciudadanos, consagrado en el Art. 11, numeral 9° de la Constitución de la República lo que encarna responsabilidad del Estado frente a los administrados. No se ve la utilidad de hacer constar a este tipo de actos administrativos como objeto del control constitucional. Además, por otro lado es posible plantear acciones de garantías jurisdiccionales con el fin de precautelar los derechos constitucionales violados en estos actos administrativos. Incluso es más práctico plantear medidas cautelares con el fin de evitar o cesar la violación de los derechos constitucionales, según lo preceptuado en el Art. 87 de la Constitución de la República. Este tipo de acciones se puede plantear ante cualquier juez de la Función Judicial. Tal vez la novelaría de la reforma constitucional que siguió la línea venezolana, trajo a nuestra Constitución este tipo de actos administrativos pues en la norma

constitucional venezolana de 1999 se hace mención a estos en su Art. 266, que establece las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, al decir:

.....

“5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.”

Sin embargo, cabe indicar que el control constitucional en las dos legislaciones es totalmente diferente. En Ecuador existe un organismo distinto de la Función Judicial para ejercer el control constitucional, mientras en Venezuela es el órgano supremo de la Función Judicial el que efectúa este control constitucional. Por ello, parece más viable que en la legislación venezolana los actos administrativos de efectos generales, sin problemas, sean analizados constitucionalmente por el órgano que también hace la revisión jurisdiccional, cosa que no sucede en nuestro país y por tanto lo vuelve inviable dentro de la competencia de la Corte Constitucional.

5 Recomendaciones.

Siendo esta figura jurídica nueva, al momento está en proceso de formación conceptual dentro del quehacer de la función administrativa del sistema ecuatoriano. Ya hemos mencionado que su definición no es fácil, lo que provoca equívocos y hasta erróneas aplicaciones normativas por parte de los mismos organismos administrativos. Incluso, en el Derecho Comparado existen puntos no definidos y disímiles respecto a la naturaleza jurídica y efectos del acto administrativo de efectos generales.

Por lo tanto, se hace indispensable que nuestro sistema legal sea más explícito sobre la determinación de este tipo de actos administrativos a fin de permitir un mejor encauzamiento de las acciones que tienen como objeto a aquellos.

El mismo constituyente ha provocado un gran equívoco en la redacción de la norma constitucional al poner en el numeral 4° del Art. 436, que es una atribución de la Corte Constitucional “*conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales*”. La atribución de la Corte es conocer la acción abstracta de inconstitucionalidad pues su función es el control de la constitucionalidad de la normativa y producción administrativa infraconstitucional, cuando el accionante presenta una presunta antinomia. La dogmática jurídica nos permite interpretar correctamente los términos normativos para utilizarlos en los textos para plasmar la *ratio legis* en la norma que se elabora.

La normativa secundaria adolece de similares incoherencias sobre el tema que nos ocupa. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en lugar de mejorar el camino de definición de este tipo de actos administrativos y delimitar su procedimiento de control de la constitucionalidad ha dado lugar a ciertas definiciones erróneas que no facilitan la determinación de los actos administrativos de efectos generales. Al cambiar de denominación de la utilizada en la Constitución, se provoca cierta confusión pues partiendo del principio que en Derecho Público solo se puede hacer lo expresamente indicado en la norma, parecería que la Ley creó una nueva categoría de acto administrativo, no estipulada en la Norma Suprema, para ser revisado por la Corte Constitucional. Pues al hablar de acto administrativo de carácter general parecería que hablamos de una figura diferente al denominado acto administrativo de efectos generales. El hablar de un acto administrativo con carácter general es un término incoherente y paradójico. Lo correcto habría sido que la Ley recoja el mismo término de acto administrativo de efectos generales.

Partiendo de lo anterior, es más prudente que también el texto de la Ley defina claramente a esta nueva institución jurídica. Para ello, debe recoger los elementos fundamentales que caracterizan al acto administrativo de efectos generales:

- a) Está dirigido a una pluralidad de personas indeterminadas, pero que al momento de ejecutarse se van determinando.
- b) Es un acto de vida efímera en el derecho objetivo, pues al momento de ejecutarse desaparece, sin necesidad de actuación de oficio de la función administrativa, por ello algunos tratadistas incluso dicen que jamás pasan a integrar el derecho objetivo. Por lo tanto sus efectos jurídicos sobre los destinatarios también son efímeros.
- c) De igual forma, en su nacimiento goza de las características de la generalidad y abstracción pero conforme entra en el proceso de ejecución se van delimitando los sujetos destinatarios del acto administrativo.
- d) Se caracteriza por la consunción, pues el acto se consume o desaparece inmediatamente de ejecutarse y cumplir su objetivo.

En cuanto a los efectos de la acción de inconstitucionalidad, el acto administrativo de efectos generales, es susceptible de ser anulado, tal es así que la misma Constitución establece que el acto inconstitucional será declarado “*inválido*”. En caso de que existan aspectos de legalidad, también esta clase de actos pueden ser sujeto de los recursos administrativos detallados a lo largo de este trabajo, e incluso se podrá plantear recurso de plena jurisdicción o subjetivo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Es importante diferenciar el momento en el que es factible la utilización de uno o de otro. En el caso de los actos administrativos de efectos generales se puede plantear un recurso

contencioso administrativo objetivo o de anulación cuando el acto aún es parte del derecho positivo, es decir antes de que empiecen a determinarse los sujetos a los que van dirigidos los efectos y por tanto se busca anular el acto administrativo que no cumple o viola una Ley. En cambio, el recurso de plena jurisdicción es procedente cuando las personas que han sido determinadas como sujetos de ese tipo de actos administrativos han adquirido ciertos derechos subjetivos derivados del acto administrativo en cuestión. Por lo tanto, el administrado que ha acogido los efectos del acto administrativo de efectos generales puede ver afectados sus derechos individuales y por tanto poder acceder a un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción para precautelar sus derechos violentados por el acto administrativo contrario a la Ley.

Los mecanismos de impugnación administrativa y judicial son los mismos utilizados para todos los actos administrativos. En esto gozan de identidad y la diferenciación no aporta valor agregado al seleccionar el tipo de mecanismo de impugnación; cosa que sí sucede y hasta es necesaria en el planteamiento de las acciones de inconstitucionalidad, pues gracias a ello un acto puede ser admitido o inadmitido a trámite de control abstracto de constitucionalidad.

No vemos la trascendencia de presentar en nuestra legislación la posibilidad de realizar control constitucional a los actos administrativos de efectos generales cuando son más eficientes y prácticas las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de la República. La dificultad de diferenciar y calificar a estos actos administrativos hace más compleja su aplicación dentro del control constitucional. Además, utilizar las garantías jurisdiccionales permite la inmediata aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Bibliografía

Aguilar Andrade, Juan Pablo; *Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana*; Colegio de Abogado de Pichincha, <http://www.colabpi.pro.ec/Colegio/ArtDoctrina/articulos/apuntessobrelaacciondelesividad.htm>, Quito- Ecuador, revisado el 28 de noviembre de 2010.

Brage Camazano, Joaquín; *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, 2005, México.

Brigante Guerra, Rafael; *La Derogatoria del Recurso de Reposición en el Procedimiento Administrativo Tributario*, Revista Jurídica on line, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=157&Itemid=57, revisado el 5 de diciembre de 2010.

Calafell, Jorge Enrique; *La teoría del acto administrativo*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr4.pdf>, revisado el 23 de abril de 2010.

Calderón Morales, Hugo Haroldo; *El control jurisdiccional privativo de los actos y resoluciones de la Administración Pública Guatemalteca*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1624/5.pdf>, revisado 6 de diciembre de 2010.

Cassagne, Juan Carlos; *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, Argentina, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20arbitrariedad%20y%20el%20control%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa%20por%20el%20poder%20judicial-ult.%20versi%C3%B3n-LL-10-09-08.pdf>, revisado 5 de diciembre de 2010.

Corte Constitucional, *VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO*, Séptimo Seminario Internacional de Justicia Constitucional y estado de derecho en Santa Cruz de la sierra, Bolivia, 27 de agosto de 2004, http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/actividades.asp?ss=10&id_nota_prensa=30, revisado el 18 de abril de 2010.

De Stefano, Juan Sebastián; *El control de constitucionalidad*, Revista de Análisis Jurídico Urbe et Ivs, Año I, N° 7, http://www.urbeetius.org/newsletters/07/news7_destefano.pdf, revisado 11 de agosto de 2010.

Fraga, Gabino; *La motivación de los actos administrativos*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/17.pdf>, revisado 16 de Octubre de 2010.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández; *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Duodécima Edición, Thomson Civitas, Madrid-España, 2005.

Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 El Acto Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª edición, Buenos Aires

Argentina, FDA, 2007, http://www.gordillo.com/tomos_pdf/3/capitulo13.pdf, revisado 15 de agosto de 2010.

Guaita Martorell, Aurelio; **Eficacia del acto administrativo Comentarios Monográficos**, Revista de Administración Pública, Navarra-España, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1958_025_159.PDF, revisado 14 de noviembre de 2010.

Guilabert, José; **Derecho Administrativo**, España-2002, <http://www.ua.es/personal/jant/GAP/1/DA/10.pdf>, revisado 20 de agosto de 2010.

Instituto Nacional de Administración Pública; **Los recursos administrativos: concepto y clases. Recursos de alzada, reposición y extraordinario de revisión. La jurisdicción contencioso-administrativa**, http://www.inap.map.es/NR/rdonlyres/D472D70A-AE0C-4874-A651-8A5D49587DEA/0/adm_adm3.pdf, revisado 22 de noviembre de 2010.

Jiménez Dorantes, Manuel; **La delimitación del acto administrativo como elemento esencial para el desarrollo del Derecho Administrativo Mexicano**, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/14.pdf>, revisado 25 de abril de 2010.

López Acosta, Santiago; **El control legal y constitucional de los actos administrativos del poder Público**, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1784/32.pdf>, revisado el 18 de abril de 2010.

Larsson, Charles; **Recursos administrativos. El procedimiento administrativo**, <http://www.mailxmail.net/cursoPdf.cfm?gfnameCurso=recursos-administrativos-procedimiento-garantista>, España, revisado 5 de diciembre de 2010.

- López Martínez, Daniel Eduardo; *Derecho Administrativo Contencioso*, República Bolivariana de Venezuela, Universidad “Rafael Beloso Chacín”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Maracaibo, Noviembre 2000, <http://www.monografias.com/trabajos6/deread/deread.shtml>, revisado 25 de Abril de 2010.
- Morales Tobar, Marco; *Derecho Procesal Administrativo*, texto guía de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, primera edición, mayo 2010.
- Palacios Ibarra, Juan Francisco; *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*, Revista Jurídica Online, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53, revisado 7 de marzo de 2011.
- Revista Judicial Derecho Ecuador; *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos administrativos*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2653&Itemid=130, revisado 18 de abril de 2010.
- Revista Judicial Derecho Ecuador; *El acto administrativo de efectos generales*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5308&Itemid=134, revisado 18 de abril de 2010.
- Riascos Gómez, Libardo Orlando; *Teoría General del acto administrativo: el perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos*, Ensayo jurídico de Derecho Administrativo, Derecho Administrativo Colombiano, http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/ACTO_A1.pdf, 2008, revisado 1º de mayo de 2010.

Santiago, Alfonso; **Neoconstitucionalismo**, <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional, 3 de abril de 2008, revisado el 24 de abril de 2010.

Santofimio, Jaime Orlando; **Acto Administrativo Procedimiento eficacia y validez**, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Colombia 1994.

Secaira Durango, Patricio; **Derecho Administrativo, Texto Guía de la Maestría en Derecho Administrativo**, Módulo IV, Universidad Técnica Particular de Loja, 2008, Loja-Ecuador.

Wikipedia, la Enciclopedia Libre; **Derecho Procesal Constitucional**, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_constitucional, revisado 11 de Agosto de 2010.

Zavala Egas, Jorge; **Derecho Administrativo, Tomo I**, Desarrollo de Programa de Cátedra, Edino 2005, Guayaquil-Ecuador.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

1. Introducción.....	1
2. El acto administrativo.....	7
2.1. Naturaleza.....	9
2.2. Clasificación.....	13
a) Por la forma o manifestación de la voluntad.....	15
b) En cuanto a los sujetos.....	17
c) Por la relación del órgano ejecutor con la Ley.....	19
d) Por su radio de acción o ámbito de aplicación.....	21
2.3. Elementos del acto administrativo.....	21
2.3.1. Elementos subjetivos.....	22
2.3.1.1. Sujeto activo.....	22
2.3.1.1.1. Órgano administrativo.....	23
2.3.1.1.2. Competencia.....	23
2.3.1.1.3. Investidura del titular.....	23
2.3.1.2. Sujeto pasivo.....	23
2.3.2. Elementos objetivos.....	24
a) Presupuesto de hecho.....	24
b) Fin.....	24
c) Causa.....	25

d) Motivo y motivación.....	26
e) Causa.....	26
2.3.3. Elementos formales.....	27
2.3.3.1. Procedimiento.....	27
2.3.3.2. Forma de declaración.....	27
2.3.3.3. Motivación.....	28
2.4. Efectos.....	28
2.4.1. La validez del acto administrativo.....	30
2.4.2. La eficacia del acto administrativo.....	32
2.5. Ejecución.....	34
3. Control administrativo.....	35
3.1. Los recursos administrativos.....	39
3.1.1. Recurso ordinario de alzada.....	41
3.1.2. Recurso ordinario de reposición.....	42
3.1.3. Recurso extraordinario de revisión.....	43
4. Control jurisdiccional.....	45
5. Control de la constitucionalidad de los actos administrativos	49

SEGUNDA PARTE

1 El acto administrativo con efectos generales.....	55
1.1 Definición.....	55

1.2 Naturaleza jurídica.....	57
1.3 Elementos.....	60
1.4 Control de la legalidad.....	66
2 La acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos de efectos generales.....	69
2.1 Presupuestos de la acción de inconstitucionalidad.....	71
2.2 Efectos.....	75
3 Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	77
4 Conclusiones.....	94
5 Recomendaciones.....	98
Bibliografía.....	102
Índice.....	107